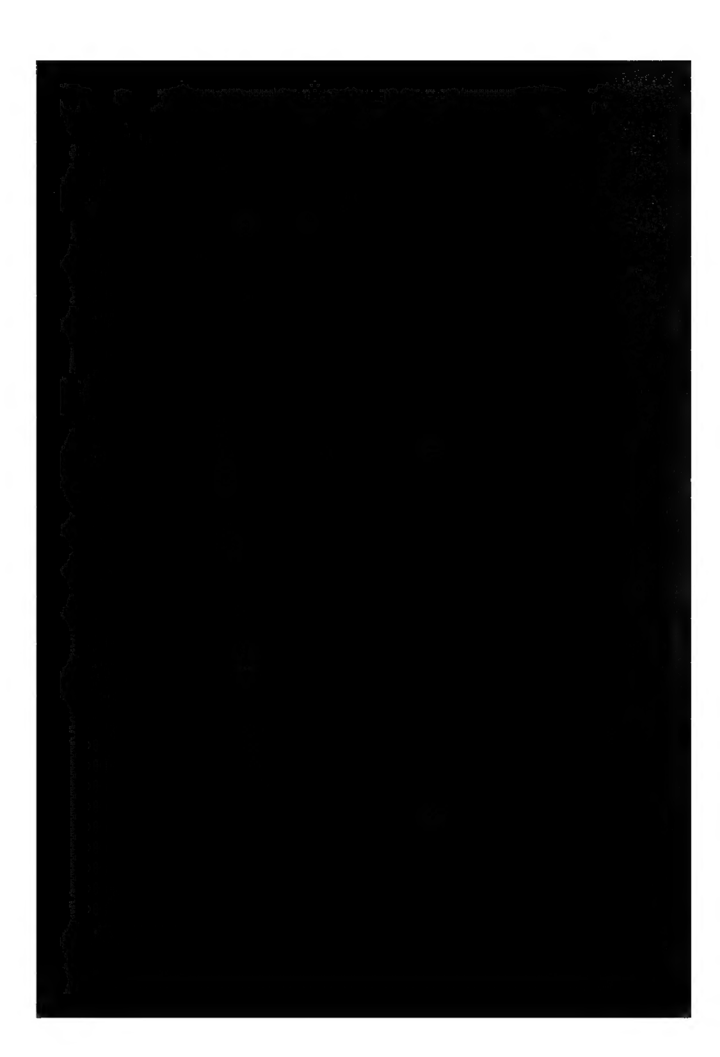


إهـــــــداء ٢٠٠٦

المرحوم الدكتور/ علي حسين كرار

القاهرة

الملكية ونظرية العقد
فى الشريعة الاسلامية

تأليف

محمد ابو زهرة
مدرس الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق

كتب مقدمته الأستاذ الجليل محمد كامل مرسى بك
أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق

الطبعة الأولى
١٣٥٧ — ١٩٣٩

مطبعة فتح الله الياس نورى وأولاده بمصر

مقدمة

بقلم حضرة صاحب العزة الأستاذ الدكتور محمد كامل مرسى بك

من أهم ما يتجه اليه البحث فى الآونة الحاضرة ما خلفه فقهاء الشريعة الاسلامية من تراث ثمين ، وربط ما بينه وبين الفقه فى أوضاعه الحديثة .

وان من يطالع كتب الشريعة ليستولى عليه شعور بالغبطة مع شعور بالاعتزاز والفخر ، لما كان عليه فقهاؤها من دقة فى البحث ، وتعمق فى التحليل ، ولما استنبطوه من حلول رائعة لمختلف المسائل وشتى المنازعات .

وبقدر هذا الشعور يستقبل رجال القانون فى مصر كل مؤلف يكشف لهم شيئا من هذا الجانب ويلقى من حولهم نورا فى طريقهم إلى هذا البحث .

ولقد طالعت كتاب الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية للشيخ محمد أبو زهره ، فوجدته متناولا آراء فقهاء الشريعة فى المعاملات ومقارنا بها آراء فقهاء القانون فى الوقت الحاضر وعاملا على التقريب بينهما . وهو من الناحية الشرعية قد كشف لنا عن كنوز الشريعة فيما تعرض له من موضوعاتها ، ووضعها فى عبارة لاغموض فيها ولا ابهام ، ومهد السبيل الى تفهمها ، ولم يكتف بنقل الأحكام ، بل عمد الى الأدلة فجلاها فى بيان مستفيض . وفى بيان المسائل المختلف

فيها يجلى وجوه الخلاف وأدلة كل فريق ، ويبين طريقته ، مما يربى فى طالب القانون ملكة الموازنة بين الأدلة عند تعارضها .

ولقد لاحظت أن المؤلف لايكتفى بذكر الفروع الجزئية وأحكامها ، بل يردها الى أصولها ، وبهذا يبين أن لكل حكم جزئى أصلا كليا يتفرع عنه ، وانه بهذه المحاولة الموفقة قد قرب لقارئيه قواعد الشريعة وبينها ، وفى ذلك خدمة جليلة للشريعة وللبحث العلمى .

ومعرفة الشريعة على هذا النحو تأخذ بيد طالبها الى لبها ومعناها ، فلا يفنى جهوده فى تفصيلات وتفريعات قد تباعده عن المقصد ، ولا توصله اليه .

هذا والمسلك الذى سلكه المؤلف فى كتابه يجعل له أثرا طيبا ويجعل منه باكورة تؤذن بأوفر الخير . ونرجو أن يلحق هذا الكتاب أمثاله حتى يتم النفع وتتحقق الغاية المقصودة من وضعه ؟

محمد كامل مرسى

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

أما بعد فقد قمت بتدريس المعاملات المالية فى الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق عامين متتالين ، وهـذا ثالثهما ، ولقد كانت ثمرة تلك الدراسة هذا الـكتاب الذى أخرجه للناس ، تهديت فيه الطريق الذى أنارته لى معـالجة الدرس ، ومداومة البحث فى مصـــــادر الشريعة ومواردها . ولقد عنيت فيه بأمرين ، جعلتهما هدفاً مقصوداً ، وغرضا منشودا : (أحدهما) شرح أدلة الأحكام وتوجيهها ، لا أذكر قضية الا بينت عمادها من النقل ، وسنادها من العقل ، وأصلها من الفقه وذلك لأن روح الفقه الاستدلال ، ومثل الأحكام من غير أدلتها مثل الجسم قد فقد الروح . وان الأحـكام الشرعية هى آراء رجال مضوا استنبطوها تحت راية القرآن الـكريم والحديث النبوى الشريف ، ومن حق هؤلاء الأسلاف أن نذكر ماقالوه مقرونا بأدلته ، مؤيدا بحججه ، ليكون ذلك دفاعهم عن آرائهم أمام الأخلاف ، وما الذى يذكر الأحكام من غير أدلتها الا كمن يتقدم فى الخصام أمام القضاء ، طالبا حقا من غير دليـل يقدمه أو بينة يقيمها ، معتمداً على عطف الخصوم ، وقد تنكروا له .

وان الاستدلال يربى فى طالب القانون روح التمحيص ومناقشة

الآراء، ويشحذ ذهنه ، ويرهف مداركه ، ويعوده تلمس الحق فى متنازع الآراء، ومضطرب الأفكار .

(الأمر الثانى) مما عنيت به بيان القواعد الفقهية التى انفرعت منها فروع الشريعة ، وانشعبت منها مسائلها ، فانى رأيت قالة قد شاعت ، بين قوم ، قوامها أن الشريعة ليست الا حلولا جزئية ، فكان جد لازم على أن أعنى بقواعد الشريعة وأن أضعها فى مطارح أنظارهم ، عساهم يبصرونها ، وأن أقربها من أيديهم عساهم يلمسونها ، فجمعت من القواعد فى هذا الكتاب ما قد يرد الحق الى نصابه ، وينصف حقيقة طالما تجنى عليها النظر العاجل ، والبحث الناقص الذى لا يعتمد على الاستقراء والتتبع .

وأنا لا أدعى بصنيعى فى هذا الكتاب أنى قد أتيت ببدىء لم أسبق به ، بل لقد سبقنى الى خدمة الشريعة رجالات خدموا الفقه الاسلامى فى هذا الجيل ، وكانت مدرسة القضاء الشرعى ، وكلية الحقوق الميدانين اللذين برز فيهما أولئك الأقطاب ، رحم الله من مضى منهم ، وحفظ لنا من بقى ، ورضى عنهم جميعا وأرضاهم ، ووفقنا لأن نقتفى آثارهم ، والله الهادى الى سواء السبيل ؟

محمد أبو زهرة

الفهرس

المقدمة موجزة بتاريخ الفقه الاسلامى

الكتاب الأول فى الأموال والملكية

المال

العلاقة بين الانسان والمال

حقوق الارتفاق

حقوق الجوار

أسباب الملك التام

وضع اليد مدة طويلة

الشفعة

الكتاب الثانى — نظرية العقد فى الشريعة

العقد

الارادة المنفردة

الرضا

الألفاظ

الارادة وآثار العقود

حرية التعاقد

الشروط المقترنة بالعقود

صيغة العقد ومقدار اتصالها بآثاره

محل العقد

العاقد

ألمامة موجزة بتاريخ الفقه الاسلامى(١)

١ — الشريعة الاسلامية تعتمد على الدين ، وتقوم على أساسه ، وتسير على هديه . وفقهاء المسلمين مهما تتشعب مسالكهم ، وتتنوع مشاربهم ، وتتخالف مناهجهم — يتجهون جميعا صوب الدين ، وينهلون من عذبه . كل يقول قوله ، ويذهب مذهبه ، على أنه شرع الله وفهمه لدين الله ، فأبو حنيفة مثلا يقول فى آرائه فى العبادات ، ومعاملات الناس ، ونظام الأسرة ، والعقوبات الزاجرة — انها فهمه للاسلام ، وشرعه فى هذه المسائل جميعا . وكذلك غيره من أعلام الأئمة ، وفقهاء المسلمين ، كلهم يمتون الى هذا الدين بنسب ، ويربطون بين ما يستنبطون والوحى المنزل على لسان النبى المرسل بأسباب تقصر وتطول ، وتقرب وتبعد .

ومن يحاول أن يفهم الشريعة الاسلامية على أنها قوانين مجردة ومعالجات لاصلاح طوائف من المجتمع وتنظيم معاملاتهم من غير أن يربطها بالاسلام — فلن يفهمها على وجهها الصحيح ، لأن الفهم المستقيم ما قام على رد الفروع الى أصولها ، والنتائج الى مقدماتها ، والأحكام الى غاياتها ، والآراء الى مقاصد قائليها ، وان من يحاول هذه المحاولة كمن يتصور أن ثمرا يكون من غير شجر ، أو أن غصونا تقوم على غير جذوع .

وليس فى كون الفقه الاسلامى مستمدا ينابيعه من الدين ، وقائما على أساسه — غض من قيمته ولا نقص من قدر المستنبطين له المفرعين لفروعه ، لأن أولئك الرعيل الأول من المسلمين رأوا بثاقب نظرهم ، وقويم ادراكهم ، أن قوانين تستمد من الدين ، ويظلها بظله ، تكون أمس بالوجدان ، وأمكن فى الضمير ، وأقر فى النفس ، يطيعها الناس لا بعصا السلطان ولا بقهر الحكام ، بل بصوت من القلب ، ورهبة من الديان ، ورغبة فى النعيم المقيم ، فتكون الطاعة

---

(١) هذه الالمامة موجزة أشد الايجاز كتبناها تصديرا لهذا الكتاب ليكون الطالب القانونى على نوع من البينة بأدوار الفقه ويستطيع أن يدرك محتويات الكتاب ، ولنترك التفصيل الى درس تاريخ الفقه وأصوله فى السنة الرابعة بكلية الحقوق المصرية .

ارهافا للاحساس ، وايقاظا للمشاعر ، وتنمية لنوازع الخير ، وتطهيرا للنفس من نوازغ الشر ، ولا تكون الطاعة ضربا من ضروب المسكنة ، والخنوع المطلق من غير أن يمس الوجدان بما فى القانون من داعيات الخير ، ومرامى الاصلاح ؛ إذ ينفذ على أنه ارادة الحاكم ، ورغبة السلطان ، وهما واجبا الطاعة من غير أى نظر وراء ذلك .

وان جعل القوانين مستمدة من الدين من شأنه أن يقلل الفرار من أحكامها ، ، لأن الناس يستشعرون الخشية من الله ؛ اذ يحاولون الفرار ، ويحسون من داخل نفوسهم مراقبة الله ، اذا ضعفت مراقبة الانسان .

وان ربط القانون الاسلامى بالدين جعله مرتبطا كل الارتباط بقانون الأخلاق ، وبما تطابقت الجماعات الانسانية قاطبة على أنه فضائل ، فلا تنأى فروع هذا القانون ولا قواعده عن الأخلاق الكريمة ، فكانت الشريعة بحق أول قانون تلتقى فيه الشريعة بالأخلاق ، ويكونان صنوين متحدين متلاقيين ، ومن قبلها كان ذلك حلما للفلاسفة والمصلحين ، يحلمون به ، فان حاولوا تطبيقه ، أيقظتهم الحقيقة ، وأيئسهم الواقع المستقر .

وان استمداد الفقه الاسلامى ينابيعه من الدين جعله شاملا فى سلطانه للراعى والرعية وجعل القانون مسيطرا على الحاكم والمحكوم ؛ فكان من حق الناس أن يقولوا للحكام أنتم مقيدون بأحكام الشريعة ، وأنتم مسئولون عن تنفيذها ؛ وذلك فى أزمان كانت سلطة الحكام مطلقة بلا قيد يقيدها ، ولا نظام يضبطها ، فكانت الشريعة بارتباطها بالدين قيدا للحاكم ، وتهذيبا للمحكوم .

٢ — ومن أجل أن الشريعة تستمد سلطانها من الدين وجب ونحن نتقصى أدوارها ، ونتتبع مدارجها أن نرجع الى زمن الوحى ، والرسول ينزل عليه هذا الدين الكريم ؛ فأول دور من أدوار الفقه الاسلامى كان فى عصر الرسول صلى الله عليه وسلم ، ولم يكن الفقه فى هذا الدور من عمل الناس ، بل كان المرجع

الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، يستفتونه فيما يعرض لهم من شئون ، وما يلابسهم من أمور تتعلق بأسرهم ، أو باجتماعهم ، أو بمعاملاتهم ، فيفتيهم بوحي من الله بقرآن ينزل ، أو بوحي يوحى ، أو باجتهاده عليه السلام ثم يقره الله تعالى عليه ، وان كان خطأ نبهه الله الى الصواب فيه (١) . ولم يكن من الناس فى عصر النبى صلى الله عليه وسلم اجتهاد الا اذا كانوا بعيدين عنه ، ويعرض لهم ما لا يجدونه فيما علموا من قرآن أو فتاوى الرسول ، فيجتهدون ، واذا لقوه عليه السلام عرضوا عليه ما وصلوا اليه ، فيقرهم ان كانوا مصيبين ، ويبين لهم الحق ان كانوا مخطئين ؛ ولذلك كان من الحق علينا أن نقول ان القانون الاسلامى فى عصر النبى صلى الله عليه وسلم كان يعتمد على القرآن الذى نزل على النبى صلى الله عليه وسلم ، وعلى أقواله وفتاويه وأحكامه عليه السلام ؛ ونتكلم فى كل من هذين القسمين كلمة .

٣ — *القرآن الكريم* : هو معجزة النبى صلى الله عليه وسلم الكبرى ، نزل به الروح الأمين على النبى صلى الله عليه وسلم فى ثلاثة وعشرين عاما منجما ، تنزل عليه الآية أو الآيات لما يناسبها من موضع لدعاية ، أو مقام لهداية ، أو أحداث اجتماعية ، لتكون تلك الأحداث مبينة لمرماها ، وليكون الناس على بينة من حكمة الشريعة فيها ، وليكون المؤمنون أكثر اقبالا عليها ، اذ تنزل وقت الحاجة اليها . وكثيراً ما كانت تنزل الآية بعد تكرار السؤال فى موضوعها ، فيكون معناها متمكناً فى النفس فضل تمكن .

وفى القرآن سور مكية ، وأخرى مدنية ، فالمكية ما نزلت بمكة ، والمدنية ما نزلت بالمدينة ، والسور المكية تتصدى فى أكثر ما تتصدى له لبيان الأصول الأولى للاسلام فتبين العقيدة الاسلامية ، وأساس الوحدانية ، وتجادل المشركين ، ثم تبين بعض العبادات التى تؤكد عقيدة التوحيد ، وتثبتها فى القلوب ، ولا تتصدى إلا قليلا لبيان الشرائع التى تنظم المدينة والأسرة ، وتربط الجماعة

(١) كما فى مسألة اسرى بدر اذ قرر فداءهم باجتهاده مع الصحابة فنزل قوله تعالى : « ما كان لنبي أن يكون له اسرى حتى يثخن فى الأرض » الآية .

الانسانية بأواصر من المودة والرحمة . وحكمة ذلك جليلة واضحة ، فان المسلمين الأولين كانوا مستضعفين فى الأرض يسامون الخسف ، ويلاقون الحتف ، وهم يلاحون المشركين ، ويناضلونهم بسهام من الحجج لاثبات التوحيد ، وبطلان الشرك ، وتنزيه النفس عن بوائق الجاهلية ، وأدران الوثنية ، ولم تكن قد تكونت منهم وحدة اجتماعيـة تستقل بشئون نفسها ، ويشرع لها من النظم ما تسير عليه وتحكم به . حتى إذا هاجر النبى الى المدينـة ، وكان من المسلمين جماعة مستقلة بأمورها لها وحدة جامعـة ، وشوكة وقوة نزلت الآيات القرآنية المنظمة لهذا الاجتماع ، الرابطة بين آحاده فكانت لهذا السور المدنية مشتملة على الشرائع والأحكام ، لتتكون بها من هذه الجماعة المدينة الفاضلة التى كانت أمنية المصلحين والمفكرين ، لذلك نقول أن أكثر شرائع القرآن كانت بالمدينة ، لأن أكثر آيات الأحكام نزل بالمدينة .

وليست التفرقة بين المكى والمدنى من سور القرآن الكريم معناها أنهما قسمان متقابلان أو نوعان متغايران ، بل انهما يكونان وحدة متلاقية متناسبة الأجزاء ، وان المكى أصل ينبنى عليه المدنى ، أو المكى ابتـداء ، ونهايته المدنى ، ولقد يقول الشاطبى فى موافقاته « ان المدنى من السور ينبغى أن يكون منزلا فى الفهم على المكى ، وكذلك المكى بعضه مع بعضه ، والمدنى بعضه مع بعضه . والدليل على ذلك أن معنى الخطاب المدنى فى الغالب مبنى على المكى ، كما أن المتأخر من كل واحد منهما مبنى على متقدمه . دل على ذلك الاستقراء ، وذلك انما يكون ببيان مجمل أو تخصيص عموم ، أو تقييد مطلق ، أو تكميل ما لم يظهر تكميله »[1] . وكأن الشاطبى يرمى بهذا القول الى تقرير حقيقة ثابتة ، وهى أن القرآن مترابط الأجزاء ، بعضه آخذ بحجز بعضه الى غاية واحدة ، وهو متماسك بعروة واحدة ، هى اصلاح الناس فى معاشهم ، واقامة بنيانهم على دعامة من الفضيلة والرحمة وهو فى هـذا يسير سير التدرج ، والتنقل من

---

(١) الموافقات الجزء الثالث ص ٢٤٥ .

المألوف إلى غيره ، ولا يصار الى الثانى ، حتى تستأنس النفس به وتسكن اليه .

ولقد يبدو بادى الرأى أن القرآن الكريم غير متصل الأجزاء اتصالا منطقيا ، كما يبدو فى الكتب التى يؤلفها الناس ، ولكن من المؤكد الذى لا ريب فيه عند الذين يفقهون ما ينبغى للمصلح أن يسلكه أن القرآن مرتب مسلسل من الناحية الاجتماعية الاصلاحية ، فهو قد عالج نفوس العرب من شماسها ، وطب لها بما أخرجها عن شكاسها ، وكانت كافة الآيات تنزل فى المناسبات مصلحة أو معالجة عندما يجدى العلاج ، وهى تعطى للمدرك الأريب صورة المصلح كأنه الطبيب البارع ، يحمل المبضع عندما يشتد ألم القرحة ، ويهون بجواره ألم البضع[1] ، فالآيات القرآنية مترابطة من حيث اصلاحها تنزل الآية لاصلاح حال قد حان حينه ، وجاء إبانه ، وهى تسير فى هذا بخطوات متلاحقة كل خطوة متممة لسابقتها ، وممهدة للاحقتها ، حتى إذا تم نزوله كملت الشريعة ، وكان بين يدى الناس وحدة كاملة فيها اصلاح للناس ، وفيها هداهم ، وفيها أصول لأكمل الشرائع ، ولقد صدق الله تعالى ، إذ يقول فى آخر آية نزلت : « اليوم أكملت لكم دينكم ، وأتممت عليكم نعمتى ، ورضيت لكم الاسلام دينا » .

وان القارىء لفقه القرآن المتفهم له يلاحظ ثلاثة أمور واضحة بينة :

(أحدها) أن الآيات القرآنية التى تتعرض لبيان أمر شرعى واجب الاتباع لازم الأداء تقرن الحكم بالحكمة ، والأمر بما فى الاجابة من نفع للمطيع ومصلحة للناس ، فتحريم الخمر مثلا اقترن بحكمته ، وصاحبه بيان مغبة العصيان وغايته ، اذ يقول تعالت كلمته : «يا أيها الذين آمنوا ، انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان ، فاجتنبوه لعلكم تفلحون ؛ انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ، ويصدكم عن ذكر الله ، وعن

---

(١) والمثال الحى لذلك آيات الخمر ، نبه أولا فى رفق الى أثمها ، ثم نهى عن قربان الصلاة ، والشخص سكران ، حتى اذا أنسوا بالامتناع ، وأرهف احساسهم ، فأدركوا مساويها ، حتى لقد قال قائلهم اللهم بين لنا فى الخمر بيانا شافيا نزل النهى القاطع « يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان الخ » .

الصلاة ، فهل أنتم منتهون» . ونرى أنه سبحانه وتعالى فى آية المداينة بعد أن طلب من المتداينين أن يكتبا ، و بين ما يجب أن يكون عند الكتابة ، يقول فى بيان الحكمة والغاية الصالحة : « ذلكم أقسط عند الله ، وأقوم للشهادة ، وأدنى ألا ترتابوا » وربما لا يكتفى فى بعض آى القرآن الحكيم بالحكمة والوصف المناسب للطلب أو المنع ، بل يضاف الى ذلك الترهيب بعذاب الله ومقته ينزل بالعصاة الآثمين كما ترى فى النهى عن أكل أموال الناس الا بالرضا ، فالله سبحانه وتعالى يقول : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، الا أن تكون تجارة عن تراض منكم ، ولا تقتلوا أنفسكم ، ان الله كان بكم رحيما ، ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف نصليه نارا ، وكان ذلك على الله يسيرا » . وكما ترى فى قوله تعالى فى تحريم الربا : « الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ؛ ذلك بأنهم قالوا انما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع ، وحرم الربا ، فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ، وأمره الى الله ، ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون . يمحق الله الربا ، ويربى الصدقات ، والله لا يحب كل كفار أثيم » الى أن يقول تعالت آياته : « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله ، وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين ، فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله . وان تبتم فلكم رءوس أموالكم ، لا تظلمون ولا تظلمون . وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ». وهكذا ترى اقتران الأمر القانونى بحكمته ، والترغيب عند الطاعة ، والترهيب بالعذاب فى اليوم الآخر عند المعصية . وما ذاك الا لأن القرآن كتاب هداية عامة وارشاد ، وتهذيب للنفس ، وتطهير لها من أدران الاثم والطغيان ؛ فلم يكن قانونا ككل القوانين ، تحكم صياغته وسوط العذاب ، وغيابات السجن تتولى التنفيذ ، بل انه قانون السماء ، وشرع الله يحمل فى نفسه ذرائع تنفيذه ، ويخاطب الوجدان ، فتمتنع النفس عن العصيان ؛ ويكون من الخشية والروعة والرهبة رقباء على التنفيذ ، لا تعزب عن رقابتها شاردة ولا نازغة من شر ، وذلك لمن ذاق حلاوة القرآن ، وخالطت قلبه بشاشته ،

ومازجت نفسه هدايته ، فهو قانون الله وحديثه للناس ، يرون فيه رياض الروح ، ونور الله ، ورهبة المنتقم الجبار ، ولقد صدق الله العظيم ، اذ يقول : « الله نزل أحسن الحديث كتابا متشابها مثانى تقشعر منه جلود الذين يخشون ربهم ، ثم تلين جلودهم وقلوبهم الى ذكر الله ، ذلك هدى الله يهدى به من يشاء ، ومن يضلل الله فما له من هاد » .

(ثانيها) أن الآيات التى تتصدى لبيان الأحكام قليلة ان أضيفت الى مجموع آى الكتاب الكريم ، فمجموع آى القرآن نحو ستة آلاف آية ، تصدى لبيان الأحكام منها نحو مائتين على خلاف فى بعض هذه الآيات من حيث دلالتها على الأحكام ، ويلاحظ أن تلك الآيات منثورة فى القرآن الكريم ، وليست مفصولة عن سائر آيه ، ولا تجتمع آيات الموضوع الواحد فى موضع واحد ، بل تتفرق ، فتجد الآيات المتعلقة باليتامى فى مواضع فى كتاب الله متفرقة تتباعد وتتقارب . ففى سورة البقرة ، وفى سورة النساء ، وفى سورة الأنعام ، وفى سورة الاسراء وغير ذلك . وأحيانا تجد أكثر الأحكام الخاصة بموضوع فى موضع ، والقليل منه فى مواضع كأحكام النكاح تجد أكثر ما تعرض له القرآن فى سورة النساء والباقى متفرق فى سور مختلفة ، والميراث كذلك . والطلاق تجد أكثر أحكامه فى سورة البقرة ، حتى سماها سورة الطلاق الكبرى بعض الصحابة ، والقليل فى بعض سور أخرى ، وهكذا تجد للموضوع الواحد يبين حكمه القرآن الكريم فى عدة مواضع . وهنا يتساءل الباحث لماذا لم تجتمع أحكام الموضوع الواحد فى موضع لا تعدوه ؟ والجواب عن ذلك أن القرآن ليس قانونا مؤلفا ذا مواد ، وليس كتابا علميا مجزء الأبواب ، متميز الفصول ، بل هو كتاب هداية وارشاد ينحو فى أسلوبه وسياقه وتقسيمه منحى التأثير ، لا منحى التأليف ، يخالط الموعظة الحسنة بالأمر الشرعى ، والترغيب والترهيب بالمنع والتحريم ، وما فيه مصلحة بنى الانسان ببيان سلطان الله وجبروته ويخالط ما فيه اقامة العدل والقسطاس المستقيم بالجزاء يوم الدين بالنعيم المقيم أو العذاب الأليم ، واذا كانت

الغاية من نسق القرآن هي التأثير في النفس ، وجعل أحكامه تنساغ فيها من غير قوة خارجة عنه إلا لمن عاث في الأرض فسادا — اقتضت حكمة الله ، وهو العليم الخبير أن يسير في كتابه على نهج يحاكي خواطر النفوس ، وخلجات القلوب ، لا على نهج التأليف والتجميع الذي يأخذ البشر به أنفسهم فيما يؤلفون هذا وما كانت تنزل آيات الأحكام في الموضوع الواحد دفعة واحدة ، بل كانت تنزل للمناسبات ، وعلى حسب ملابسات الاجتماع ، ليستدرجهم ربهم الى أحكامه مما يألفون ، و بمقدار ما يطيقون ، فينزل من أحكام الموضوع ما يأنسون به ، حتى اذا تهذبت بالايمان النفوس ، وأصبحت تألف ما لم تكن تألف نزل من الأحكام ما صاروا يستأنسون به بعد الاستيحاش . ولعل ذلك كان من أسباب عدم تجمع أحكام الموضوع الواحد في موضع واحد .

(ثالثها) ان القرآن الكريم لم يبين الأحكام بالتفصيل ، بل ذكرها بالأجمال ، وليس ذلك مقصوراً على بيان ما يتعلق بنظام المجتمع ، بل فيما يتعلق بالعبادات كذلك ، فقد أمر بالزكاة ، ولم يفصل أحكامها ، وأمر بالصلاة ، ولم يبين أركانها . وفي معاملات الناس ، وتنظيم اجتماعهم يتصدى للقضايا الكلية ، لا يفصل الفروع الجزئية ، فهو ينهى الناس عن أكل الأموال بالباطل من غير أن يبين أنواعه ، ويحصي فروعه ، ويجعل الرضا سبباً عاماً في انتقال الأموال والحقوق من غير أن يعين ما يدخل في عمومه ، و يأمر بالوفاء بالعقود والقيام بالتعهدات من غير أن يبين أنواعها ، وأقسامها ، و يأمر بالعدل من غير أن يبين ذرائع تحقيقه ، و يأمر بالشورى في مثل قوله تعالى : « وأمرهم شورى بينهم » من غير أن يبين أساليبها ، وطرقها . وهكذا تجد القرآن في تنظيم المجتمع ومعاملات الناس بين القواعد الكلية ، ولم يبين التفاصيل الجزئية، وذلك لأن القرآن الكريم يخاطب بأحكامه المؤمنين به في كل زمان ومكان ، والناس لا يكادون يختلفون في القواعد الكلية التي يقوم عليها بنيان الاجتماع ، والتعامل بين الناس ، فالبيئات الاجتماعية والفكرية والطبيعية مهما تتخالف وتتباين بحسب الأماكن

والأزمان ، والأجناس ، فلن يصل خلافها الى القضايا الكلية ، بل لا يعدو الفروع والجزئيات ، من أجل هذا تصدى القرآن لبيان الكليات فقط ، فكان صالحا لكل زمان ولكل مكان ، وان الكليات تشتق من الفطرة الانسانية ، وتستقى من ينبوعها ، وفطرة الانسان لا تؤثر فيها البيئات ، فجاء القرآن كاشفاً عن تلك الفطرة مبيناً لقضاياها فكان الاسلام بحق دين الفطرة : « فطرة الله التى فطر الناس عليها ، ذلك الدين القيم ، ولكن أكثر الناس لايعلمون » ولأن القرآن الكريم لم يقصد فى بيان الأحكام إلا الكليات ، ولم يخض فى التفصيلات كانت آيات الأحكام مع قلتها ، شاملة جامعة ترجع اليها كل أحكام الشريعة وتفاصيلها . ولذلك عد القرآن الكريم الحجة الكبرى والمرجع الأول بل عده بعض الفقهاء المصدر الوحيد لهذه الشريعة الغراء ، وغيره من المصادر تفصيل لمجمله ، أو توضيح له ، أو تخريج على أصوله ، أو استنباط لما فيه من حكم ومعان متشابهة ، فيجب الاستمساك به ، والرجوع اليه أولا . ولقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن هذا القرآن حبل الله ، وهو النور المبين ، والشفاء النافع ، عصمة لمن تمسك به ، ونجاة لمن تبعه ، لا يعوج فيقوم ، ولا يزيغ فيستعتب ، ولا تنقضى عجائبه ، ولا يخلق على كثرة الرد » .

٥ — **السنة النبوية** — وهى المصدر الثانى للشريعة الغراء ، وقد كانت هى القطب الذى اعتمد عليه المسلمون فى شرائعهم فى حياة النبى صلى الله عليه وسلم ، فما كان المسلمون الأولون فى عهده يرجعون فيما يشكل عليهم من أمورهم الى الكتاب رأسا ، بل كان النبى يبينه لهم ، ويوضح ما يخفى عليهم من أحكامه ، فالنبى كان المرجع فى كل شىء ، فى بيان القرآن ، وفى الفتيا فيما لم ينزل فيه قرآن ، وفى الأقضية بينهم . وكل ذلك بوحى يوحى أو باجتهاده الذى يقره الله عليه ، وبهذا الاقرار وعدم التنبيه على الخطأ يرتفع الى منزلة الموحى به ما دام فى أمر يتصل بالشرع الشريف وحكم من أحكامه .

وكلمة السنة تطلق على أقوال النبى صلى الله عليه وسلم وأفعاله ، وتقريراته

وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم يجب الأخذ بها والسير على منهاجها ؛ لأنها الحجة الثانية لهذا الدين ، وبهذا أمر القرآن الكريم ، فلقد قال تعالى : «من يطع الرسول فقد أطاع الله» . وقال : «فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم » وقال تعالى : « وما آتاكم الرسول فخذوه ، وما نهاكم عنه فانتهوا » وقال عز من قائل « وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فان تنازعتم فى شىء فردوه الى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، ذلك خير وأحسن تأويلا » ، وقال : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ، ويسلموا تسليما » . ولقد تنبأ صلى الله عليه وسلم بأن سيجىء أقوام يتشادقون بأنهم لا يرجعون الا الى كتاب الله ، فقال : « يوشك رجل منكم متكئا على أريكته يحدث بحديث عنى ، فيقول : بيننا وبينكم كتاب الله ، فما وجدناه فيه من حلال استحللناه ، وما وجدناه فيه من حرام حرمناه . ألا وان ما حرم رسول الله (صلى الله عليه وسلم) مثل الذى حرم الله » .

٦ — كل هذا يدل على أن السنة النبوية حجة فى هذه الشريعة ، وكان عليها الاعتماد مع القرآن فى عصر النبى عليه السلام ، بل كانوا لا يعولون فى بيان القرآن الا على ما يسمعونه منه صلى الله عليه وسلم كما أشرنا . ولكن هل كل ما ورد عن النبى عليه الصلاة والسلام وكل ما كان منه يراه المسلمون حجة يجب الاستمساك به ، ودينا يجب اعتناقه ، وهدى يجب السير على نوره ؟ لأجل الاجابة عن هذا السؤال يجب التفرقة بين ما يفعله على أنه تبليغ لرسالة ربه ، وتبيين لأحكام شرعه ، وبين ما يفعله على أنه بشر ، وما يرتئيه على أنه شأن من شئون الحياة يتقارب علمه فيه مع علم الناس ، فأما الأول فهو الحجة الشرعية ، والمصدر الثانى للشرع الاسلامى سواء أكان مستندا إلى الوحى أم الى اجتهاد النبى صلى الله عليه وسلم ؛ لأن اجتهاده صلى الله عليه وسلم بمنزلة الوحى ؛ اذ قد عصمه أن يتقرر رأيه على الخطأ ، واجتهاد النبى صلى الله عليه

وسلم ليس مقصورا على الاستنباط من النصوص ، كما يظن ، بل أكثر ما يكون مما علمه ربه من مقاصد الشرع وقانونه ، فيبين بالاجتهاد تلك المقاصد المتلقاة بالوحى [١] .

وأما الثانى ، وهو ما يكون من النبى من أقوال وأفعال لا تتصل بالرسالة وتبليغ الشرع فليس رأيه فيه عليه السلام حجة فى الشرع ولا مصدرا من مصادره [٢] ؛ لأن ما يكون حجة هو ما يفعله الرسول بوصف كونه رسولا ، أما فيما عدا ذلك فقد وردت الآثار عنه عليه السلام بأنه يقبل كلامه فيه الخطأ كما يقبله كلام سائر الناس . ولقد روى عنه عليه السلام أنه قال « انما أنا بشر ، اذا أمرتكم بشىء من دينكم فخذوا به ، واذا أمرتكم بشىء من رأيى ، فانما أنا بشر » ، ولقد أراد أن ينزل النبى صلى الله عليه وسلم منزلا للحرب ، فقيل له : ان كان بوحى فسمعا وطاعة ، وان كان باجتهاد ورأى فليس منزل مكيدة ، فقال بل باجتهاد ورأى فرحل .

ومن القسم الثانى تحقيق النبى صلى الله عليه وسلم بين الخصوم ، وقضاؤه بينهم بمقتضى ذلك التحقيق ولكن يجب التنبيه إلى نقطة جوهرية فى هذا المقام قد غفل عنها بعض من تكلم فيه ، وهى أن القضاء من الرسول صلى الله عليه وسلم يشمل ناحيتين ناحية شرعية هو فيها ناطق بالشرع والناحية الثانية تعيين موقف الخصوم وتحقيق الحوادث التى يبنى عليها الحكم الجزئى ، من حيث معرفة أيهما المعتدى وأيهما المعتدى عليه ، وهو فى هذا يفكر ويرى على أنه بشر ، لأن الوحى لاينزل الا فيما هو عام للناس ولوكان سببه خاصاً ، فلاينزل لحوادث جزئية لا يترتب عليها أمر عام ؛ ولذلك جاء الأثر مبينا أن عمل النبى فى القضاء يقبل الخطأ من ناحية تحرى مواقف الخصوم ، وقوة احتجاجهم ، لا من ناحية الأصل الشرعى

---

(١) راجع حجة الله البالغة ، الجزء الأول ص ١٢٧ .

(٢) وقد يقتدى به المؤمن تيمنا ومحبة وإجلالا ، واحياء لمآثره عليه السلام ، فيكون ذلك دليلا على عظيم المحبة .

الذى قام عليه الحكم ، أو دل الحكم عليه ، ولذا يقول عليه السلام : « انكم تختصمون إلى ، ولعل بعضكم أن يكون الحق بحجته من بعض ، فأقضى له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له بحق أخيه ، فلا يأخذ منه شيئا ، فانما أقضى له قطعة من نار » فقبول الخطأ انما يرد على مايتصل بصدق الخصوم أو كذبهم والبرهان عليه من حيث انتاجه . أما ما يدل عليه القضاء من أحكام شرعية فقضاء الرسول فيه حجة لاريب فيه (١) .

٧ — ويجب أن ننبه هنا الى أن بعض الفقهاء يصرح بأن السنة راجعة فى معناها الى الكتاب ، وأنها مبينة له ، وحامل مصباح هذا الرأى هو الشاطبى فى موافقاته ، فهو يقول : « السنة راجعة فى معناها الى الكتاب ؛ فهى تفصيل مجمله ، وبيان مشكله . و بسط مختصره ؛ وذلك لأنها بيان له ، وهو الذى دل عليه قوله تعالى : « وأنزلنا اليك الذكر ؛ لتبين للناس مانزل اليهم » فلا تجد فى السنة أمرا ، الا والقرآن قد دل على معناه دلالة اجمالية أو تفصيلية . وأيضا فكل ما دل على أن القرآن هو كلية الشريعة ، وينبوع لها فهو دليل على ذلك . ولأن الله قال « وانك لعلى خلق عظيم » وفسرت عائشة ، ذلك بأن خلقه القرآن

---

(١) وهنا يرد على الخاطر سؤال كيف يجوز أن يخطىء النبى صلى الله عليه وسلم والوحى ينزل عليه . أفما كان الأولى أن ينبه الى الصواب قبل أن يقع فى الخطأ ، بدل أن يقع فيه ثم ينبه اليه كما فى مسألة أسرى بدر ، قبل الفداء ، ثم نبه الى أنه خطأ والصواب القتل مادام لم يثخن فى الأرض ، ولم تكن الكلمة له فى انهاء الحرب ؟ والجواب عن ذلك ان ذلك ممكن ، ولكن الخيرة فيما كان ؛ وذلك لأن اجتهاد النبى صلى الله عليه وسلم ووقوع خطأ منه فى هذا الاجتهاد أحيانا فيه تربية للأمة من ناحيتين : الناحية الأولى اعطاؤهم مثلا صالحا للاجتهاد وفى ذلك تعليم ، فما كان من المعقول أن ينص على أحكام كل ما وقع ، وما سيقع ، فلا بد أن يمرنوا على أن يعرفوا أحكام مايعرض من شئون ، وذلك بالاجتهاد ، فكان قدوتهم فيه . الناحية الثانية أن يعلم الناس أن الاعتماد على الفكر قد يقع معه الخطأ ، لكيلا يذهب بهم فرط حبهم لآرائهم الى الاغترار بها ، ورفض كل شىء غيرها وامتلاء رءوسهم بتقديرها ، فيفرضوها على الناس فرضا ، فالنبى بخطئه كان مثالا حيا لهؤلاء دالا على دخول الخطأ فى تفكير الانسان . فهذا أكمل البشر ، ومن يكلمه الله يخطىء ان اعتمد على عقله . فأين منه هذا الانسان ؟ ان هذا يمنع الاغترار من قلب المؤمن برأيه مهما يكن علمه .

واقتصرت فى خلقه على ذلك ، فدل على أن قوله وفعله واقراره راجع الى القرآن ، لأن الخلق محصور فى هذه الأشياء ، ولأن الله جعل القرآن تبيانا لكل شيء ، فيلزم من ذلك أن تكون السنة حاصلة فيه فى الجملة ؛ لأن الأمر والنهى أول ما فى الكتاب . ومثله قوله تعالى : ما فرطنا فى الكتاب من شيء ، وقوله « اليوم أكملت لكم دينكم » وهو يريد انزال القرآن . فالسنة اذن فى محصول الأمر بيان لما فيه ؛ وذلك معنى كونها راجعة إليه ، وأيضا فالاستقراء دل على ذلك »

وهذا نظر دقيق عميق محكم ، ولكن يجب ألا يفهم منه أنها لا تقبل الا بعد عرضها على الكتاب لمعرفة أصلها ، فذلك فهم قد يجر الى الاثم ؛ إذ قد يؤدى الى هدم شطر الدين ، وان حجيتها وكونها مصدرا للشرع الاسلامى قائما بذاته ليس موضع ريب أو جدال الا من قوم انقرضوا كما سنبين ذلك ، انما موضع النظر هو اشتمال القرآن فى قضاياه الكلية عليها فذلك هو الذى يتكلم فيه الشاطبى ، وله فيه وجهة هو موليها .

٨ — قد بينا أن المسلمين فى عصر النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن الفقه والفتيا والقضاء لواحد منهم ، بل كان ذلك كله للرسول تبليغا لرسالته ، وتنظيما لجماعته ، ولكن ان ابتعدوا عنه فى حرب ، أو أرسلهم معلمين لغيرهم ممن تناءت بهم الديار عن الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، فان الفتيا والقضاء تكون لمن اختاره الرسول صلى الله عليه وسلم لذلك ممن يعلم فيه قوة الادراك والفقه فى الدين ، ويكون لهذا أن يجتهد برأيه فيما لا يعلم فيه كتابا ولا سنة . يروى أن النبى صلى الله عليه وسلم لما أرسل معاذ بن جبل الى اليمن قاضيا لها من قبله قال له : بم تحكم ؟ قال بكتاب الله . قال فان لم تجد ؟ قال : بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال فان لم تجد ؟ قال أجتهد رأيى . فأقره النبى صلى الله عليه وسلم ، فدل هذا على أنهم كانوا يجتهدون فى عصره ، ولكن اذا كان بعيدين عنه ، وليسوا بين ظهرانيه صلى الله عليه وسلم .

الفقه فى عصر الصحابة (من ١١ — ٤٠)

١٠ — بعد وفاة النبى صلى الله عليه وسلم انساب المسلمون فى ملك كسرى وقيصر فاتحين ، لأن الملوك وقفوا مناجزين الاسلام مانعيه من أن ينشر بين رعاياهم ، مغلقين الأبواب دون المسلمين ، مقيمين الحصون المانعة دون وصول دعايتهم الى الرعية ، فكان لا بد لنشر الدعوة الاسلامية ، (وانها لفرض لازم الأداء على الأمة) من أن تهدم الأسوار المانعة ، والأستار الحاجبة ، فكانت الحرب ، وكان الفتح ومن وراء الفتح الاندماج ، اما بعقد الذمة يعقدونه بينهم و بين المسلمين على أن يكون لهم ما لهم ، وعليهم ما عليهم ، واما باعتناق الاسلام ان عمرت قلوبهم بالايمان بما اشتمل عليه ، وطابت نفوسهم باعتناقه طائعين لا كارهين ، ومختارين لامضطرين ، فلا اكراه فى هذا الدين ؛ لذلك صار تحت حكم المسلمين أمم كانت ذات حضارات يمتد عرقها الى أعرق العصر ، فكان تحت حكم المسلمين مصر وفارس وسوريا ، ثم شمال أفريقية . وماجت المدن الاسلامية الكبرى بأمشاج من الأمم ، ومرج فيها عناصر مختلفة الاقوام والاجناس . فكان لا بد إذن من أن يجد فى شئون الاجتماع أحداث لم تكن فى عهد الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، ولا بد أن تتشعب مناحى السياسة ، وتختلف ضروبها و يحتاج المسلمون الى نظم وأحكام لم يكن فى عهد الرسول ما يضطر اليها ، و يدفعهم الى التفكير فيما يصلح لها ، وكان من الناس من الأفعال ما اقتضى أن يحدث لهم من الأقضية ما يوائم أحوالهم و يقيم العدالة بينهم .

لهذا كان لابدمن اجتهاد الصحابة اذ لم يكن بينهم من يغنيهم عن الاجتهاد ، وهو الرسول عليه السلام . اجتهدوا فى تعرف تلك الأمور المعقدة التى تعرض لهم . وحكم الله فيها ، فلجئوا الى كتاب الله يعرضون عليه قضاياهم ، فان وجدوا فيه حكمها صريحا نطقوا به ، وان لم يجدوا فى الكتاب الحكم واضحا بينا اتجهوا إلى المأثور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، واستثاروا ذاكرات أصحابه ليعلنوا حكم النبى صلى الله عليه وسلم فى أمثال قضاياهم . فان لم يكن من بينهم من يحفظ حديثا

اجتهدوا آراءهم ، وحكموا أفهامهم واتجهوا الى ما يرونه العدل فى القضية ، ومثلهم فى ذلك مثل القاضى المقيد بنصوص قانون ، اذا لم يجد فى النص مايحكم به فى قضية بين يديه طبق ما يراه عدلا ، وانصافا .

وقد كان الصحابة يتواصون فيما بينهم فى الفتيا والقضاء وأحكام المسائل الاجتماعية والسياسية بالرجوع الى كتاب الله تعالى فان لم يجدوا رجعوا الى سنة رسول الله عليه السلام ، فان لم يعثروا على حديث محفوظ أو فعل مأثور أو تقرير لفعل فعله غير النبى فأقره عليه رجعوا الى الرأى . فقد جاء فى كتاب عمر رضى الله عنه الى أبى موسى الأشعرى فى القضاء « الفهم الفهم فيما تلجلج فى صدرك مما ليس فى كتاب ولا سنة ، اعرف الأشباه والأمثال ، وقس الأمور عند ذلك » وقد عرف ابن القيم الرأى على حد ما كان يفهمه الصحابة فقال : « خصوه بما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات » (١) .

ولقد يفهم من كتب أصول الفقه أن جمهور الفقهاء فهم من (الرأى) الذى كان يعول عليه الصحابة أنه القياس الاصطلاحى وهو الحاق أمر غير منصوص على حكمه بأمر منصوص على حكمه لعلة جامعة بينهما كانت هى الباعث على الحكم المنصوص عليه كقياس كل مسكر غير الخمر عليها ، لأن علة الحكم وهى الاسكار ثابتة فى الخمر وغيرها من المسكرات التى كانت معروفة فى القديم ، والتى عرفت فى الحديث . ولكن تعريف ابن القيم للرأى الذى كان الصحابة يأخذون به أشمل من هذا القياس الاصطلاحى والمتتبع لأقضيتهم وفتاويهم يرجح لديه كلام ابن القيم .

١١ — ويجب أن نقول أنهم فى أخذهم بالرأى لم يكونوا سواء فمنهم من تحفظ ، ولم يفت برأيه ؛ لأنه يخشى الكذب على الله ، وأن يحل ويحرم

(١) راجع أعلام الموقعين الجزء الأول ص ٥٥ . والرأى بهذا المعنى يشمل القياس الفقهى ، ويشمل الاستحسان ويشمل المصالح المرسلة ، وبعبارة أعم يشمل كل ما يفتى به الفقيه غير معتمد على كتاب أو سنة أو اجماع متبع .

من غير علم ولا سلطان مبين من الشرع ، و بعضهم أخذ بالرأى تحرجا من التحديث خشية أن يكون فى تحديثه ما لم يقله رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقد كان كثيرون منهم يمتنعون عن النقل عن رسول الله ؛ لهذا يروى أن عمران ابن حصين كان يقول : « والله ان كنت لأرى أنى لو شئت لحدثت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يومين متتابعين ، ولكن أبطأنى عن ذلك أن رجالا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعوا كما سمعت ، وشهدوا كما شهدت و يتحدثون أحاديث ، ما هى كما يقولون ، وأخاف أن يشبه لى كما شبه لهم » . وقال أبو عمرو الشيبانى : « كنت أجلس الى ابن مسعود حولا لايقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فاذا قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم استقلته رعدة ، وقال هكذا ، أو نحو ذا ، أو قريب من ذا » . والحق أن الصحابة كانوا بين حرجين كلاهما فيه ضيق شديد فى نظرهم ، لأنهم يخشون التهجم على هذا الدين : الحرج الأول أن يكثروا من التحديث عن رسول الله عليه الصلاة والسلام لكى يعرفوا أحكام أكثر الأحداث ، وفى ذلك خشية الكذب عليه . والثانى أن يفتوا بآرائهم فيما لم يشتهر فيه أثر عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وفى ذلك تهجم على التحليل والتحريم بآرائهم ، فمنهم من اختار التحديث عن الرسول والوقوف عند الأثر ، ومنهم من اختار الرأى فيما لم يشتهر عن الرسول . فاختار هؤلاء أن يفتوا بآرائهم ، وخطؤها عليهم ومنسوب لهم من أن يتحدثوا عن رسول الله ، وقد يدفعهم التحديث الى أن يشبه عليهم فيقولوا ما لم يقل . ولقد قال عبد الله بن مسعود ، وهو من شيوخ الرأى بعد أن أفتى فى مسألة : أقول هذا برأيى ، فان يكن صوابا فمن الله ، وان يكن خطأ فمنى ومن الشيطان ، والله ورسوله منه برىء » وقد أفتى عمر فى مسألة فكتب كاتبه عقب الفتيا : هذا ما رأى الله ورأى عمر . فقال عمر بئسما قلت ، هذا رأى عمر ، فان يك صوابا فمن الله ، وان يك خطأ فمن عمر (١) .

---

(١) من هذا السياق يتبين أن الصحابة رضوان الله تعالى عليهم سلكوا مسلكين مسلك الأثر ، ومسلك الرأى . ومنهم من غلب عليه الأول . وكثيرون منهم غلب عليهم الرأى . وما كانوا =

وإن دل قول عمر وعبد الله بن مسعود ، ومايشبهه من الأقوال (وانه لكثير) على شيء ، فهو يدل على أن هؤلاء العلية من الصحابة لايرون أن تكون آراؤهم سنناً متبعة ، ولا يريدون أن يجعلوها ديناً يعتنق . بل لقد صرح بذلك عمر رضى الله عنه ، وهو من أجرأ الصحابة على الرأى ، فقد قال رضى الله عنه : « يأيها الناس ، ان الرأى كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم مصيباً ، لأن الله كان يريه ، وانما هو منا الظن والتكلف » ويقول رضى الله عنه : « السنة ما سنه الله ورسوله ، لا تجعلوا خطأ الرأى سنة للأمة » .

١٢ — من كل ما تقدم يتبين أن المصادر للفقه الاسلامى فى عهد الصحابة كانت ثلاثة : أولها الكتاب وهو عمدة الاستدلال فى هذه الشريعة الغراء . ثانيها السنة ، ولم تكن قد دونت ، بل كان الاعتماد فيها على ما وعته عقول الرجال ، وحفظته صدورهم ، وكانوا يتحرون السنة عند نقلها ، فكان أبو بكر وعمر لايقبلان حديثاً إلا اذا شهد به اثنان ، فلا يكتفى براويه ، بل لا بد من آخر يشهد معه بالسماع . وثالثها الرأى ويدخل فيه القياس الفقهى الذى أشرنا اليه آنفا .

ثم أن اجتهادهم وفتاويهم كانت أحيانا آحادية يسأل أحدهم عن حكم حادثة جزئية ، فيفتى صاحبها ، وأحيانا تكون فى اجتماع ، وذلك أكثر ما يكون فيما يعرض للخلفاء من شئون . فان الخلفاء الراشدين رضوان الله تعالى عليهم كانوا كلما جد فى أمور الدولة أمر ذو بال جمعوا الصحابة واستشاروهم فيه ، فيتبادلون الرأى .

= كذلك الا لينزهوا أنفسهم عن الكذب على الرسول . ولقد فهم بعض كبار رجال القانون أن الأثريين من الصحابة والتابعين محافظون من أهل التمسك بالتقاليد . وأن أهل الرأى مجددون غير متمسكين بالتقاليد ، وذلك قول بعيد عن التحقيق ، لأن كلا الفريقين متمسك بالدين والتقاليد الاسلامية ، بيد أن قوما منهم توقفوا عن أن يفتوا بغير ماورد به نص من الشارع تنزيها لأنفسهم عن أن ينسبوا الى الشارع ماهو من رأيهم ، وهم أهل الحديث ، وآخرون رأوا أن يجتهدوا آراءهم تنزيها لأنفسهم عن أن يحدثوا عن رسول الله بغير ما قال ، كما رأيت من عبد الله ابن مسعود وعمران بن حصين ، فاجتهدوا آراءهم ، وهى ان كانت خطأ منسوبة اليهم ، فأين هذا من التجديد والمحافظة ؟

ثم ينتهون الى أمر تقره جماعتهم ، ولقد كان لعمر نوعان من الشورى ، الشورى الخاصــة ، والشورى العامة ، وشوراه الخاصة كانت تختص بعلية الصحابة ، المهاجرين الأولين ، والأنصار السابقين ، وهؤلاء يستشيرهم فى صغرى أمور الدولة وكبراها . وأما الشورى العامة فتكون لأهل المدينة أجمعين ، وفى الأمر الخطير من أمور الدولة ، يجمعهم فى المسجد ، واذا ضاق بهم جمعهم خارج المدينة ، وعرض الأمر الخطير ورأيه فيه (١) . ومن ذلك استشارتهم فى أرض سواد العراق ، فقد كان من رأى الغزاة قسمتها بينهم ، ومن رأى عمر عدم قسمتها وأن تترك فى أيدى أهلها لجمع الصحابة ، وتناقشوا فى ذلك ، وتكرر اجتماعهم يومين أو ثلاثة (٢) وانتهى الرأى الى موافقة عمر .

والرأى الذى يكون فى اجتماع و يوافق عليه المجتمعون يكون بلا ريب أقوى من الرأى الآحادى ؛ لأن ذلك يكون بعد تمحيص وتحقيق من المجتمعين ، وهذا لا يكون الا بتحقيق صاحبه وحده ، ولذلك كان الرأى الجماعى هو الذى تسير عليه شئون الدولة . ولقد جاء الذين خلفوا الصحابة والتابعين من المجتهدين وسموا ذلك الرأى الجماعى اجماعا ، واعتبروه مصدرا رابعا من مصادر الفقه الاسلامى . لذلك نقول على طريقة هؤلاء الفقهاء أن المصادر الفقهية بعد ذلك كانت أربعة : الكتاب ، والسنة ، والرأى أو القياس ، والاجماع .

١٣ — واذا كان الصحابة يجتهدون فلا بد أن يختلفوا ، ولـكنهم ينتهون الى الاجماع اذا كان اجتهادهم جماعيا ، وقد يستمر الاختلاف ، و يؤثر عنهم اذا كان الاجتهاد آحاديا . وكانت تلك الاختلافات منشؤها واحد مما يأتى :

---

(١) وكان سكان المدينة فى هذا يشبهون سكان اثينا ، اذ كان كل شخص له رأى فى شئون الدولة ، وان لما فعله عمر أصلا عظيما فى الاسلام فقد أمر القرآن بالشورى . وجاء فى حديث على رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « قلت يارسول الله ، الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ، ولم تمض فيه منك سنة . قال اجمعوا العــالمين أو قال العابدين من المؤمنين ، فاجعلوه شورى بينكم ، ولا تقضوا فيه برأى واحد » .

(٢) راجع كتاب الخراج لأبى يوسف ص ٣١ و ٣٢ .

١ — اختلافهم في فهم القرآن الكريم (١) اما لاحتمال اللفظ أكثر من معنيين ، كاختلافهم فى المراد من القرء فى قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » فقد فهم ابن مسعود وعمر رضي الله عنهما أن القرء الحيضة ، وفهم زيد ابن ثابت انه الطهر (ب) واما لتعارض ظواهر النصوص ، كاختلافهم فى عدة الوفاة للحامل ، فقد قال على رضى الله عنه تعتد بأبعد الأجلين عملا بآية البقرة : « والذين يتوفون ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » . وآية الطلاق : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » . وقال عمر وابن مسعود تعتد بوضع الحمل عملا بآية الطلاق ، لأنها متأخرة فى النزول عن آية البقرة .

٢ — اختلافهم بسبب رواية بعضهم لحديث لم يعرفه الآخرون ، وان ذلك له من الشواهد الشيء الكثير .

٣ — اختلافهم بسبب الرأى ، فانه باب واسع ، ولكل انسان نظره ، واتجاه فكره ، وقد يرى ما لا يرى الآخر ، ويظهر أن كثرة الخلاف كان ذلك منشأها . وقد رويت مسائل كثيرة كانت تختلف فيها أنظارهم ، ومن ذلك اختلافهم فى توزيع التركة عند اجتماع الجد مع الأخوة ، فقدكان رأى أبى بكر أن الجد أولى بالتعصيب من الأخ . وأما عمر ، فقد توقف حتى سأل الصحابة . فأفتى زيد بن ثابت بأن يعطى نصيب أخ ، حتى يصير ثالث ثلاثة ، أى أنه أعطاه نصيب أخ بحيث لا يقل عن الثلث مما يخص العصبة . وأعطاه على نصيب أخ بحيث لا يقل عن السدس (١) .

ولقد كان اختلاف الصحابة فى الفروع رائده الاخلاص ، ولذا لم يكن بينهم تنازع فى الفقه ولا تعصب ، بل طلب للحقيقة وبحث عن الصواب من أية ناحية أخذ ، ومن أية جهة استبان . وان ذلك الاختلاف كان فيه شحذ للأذهان ، واستخراج للأحكام من القرآن ، واستنباط قانون شرعى عام ، وان لم يكن

(١) راجع أعلام الموقعين الجزء الأول ص ١٨٤ وكتاب تاريخ الجدل للمؤلف ص ١١٣ .

مسطورا . و يرى الشاطبي فى كتاب الاعتصام أن ذلك النوع من الاختلاف رحمة قد جاء فيه : « روى عن القاسم بن محمد أنه قال : لقد نفع الله باختلاف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العمل ، لا يعمل العامل بعلم رجل منهم إلا لأنه رأى أنه فى سعة . وعن ضمرة بن رجاء ، قال اجتمع عمر بن عبد العزيز ، والقاسم ابن محمد ، فجعلا يتذاكران الحديث فجعل عمر يجيء بالشيء يخالف فيه القاسم والقاسم يشق عليه ذلك حتى تبين فيه ، فقال عمر لا تفعل ، فما يسرنى باختلافهم حمر النعم » . وروى ابن وهب عن القاسم أيضا قال « لقد أعجبني قول عمر بن عبد العزيز : « ما أحب أن أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم لا يختلفون ؛ لأنه لو كان قولا واحدا لكان الناس فى ضيق ، وانهم أئمة يقتدى بهم ، فلو أخذ رجل بقول أحدهم لكان سنة . ومعنى هذا انهم فتحوا للناس باب الاجتهاد ، وجواز الاختلاف فيه لأنهم لو لم يفتحوه لكان المجتهدون فى ضيق . . . فوسع الله على الأمة بوجود الخلاف الفروعى فيهم فكان فتح باب للأمة للدخول فى هذه الرحمة»[1] .

ونحن لانرى الخلاف فى الفروع الا ثمرات ناضجة لما بثه القرآن الكريم والسنة النبوية فى نفوس الناس من البحث بعقولهم ، وتدبير شئونهم بالشورى ومبادلة الرأى مستضيئين بسنة النبى صلى الله عليه وسلم ومستظلين بأحكام القرآن لايعدونها ، ولا يتجاوزون هدايتها .

الفقه فى عصر التابعين

(من أول عصر الدولة الأموية الى قرب آخرها)

١٤ — لم تخرج المصادر الفقهية فى عهد تلاميذ الصحابة ، وهم التابعون عن مصادرها فى عهد الصحابة ، ولكن جدت أحداث أثرت فى الاستنباط من حيث كثرة التفريع ، وكثرة الخلاف ، وشكاله وقوته ، وصحة الاستنباط ، وان لم

---

(١) راجع الاعتصام للشاطبي الجزء الرابع ص ١١ وتاريخ الجدل ص١١٤ .

تنقص المصادر أو تزدها .

فلقد انقسم المسلمون فيما بينهم فى آخر عهد الصحابة وكل عصر التابعين ، انقسموا الى أحزاب وشيع ، كل حزب بما لديهم فرحون ، وكانت ريحهم بينهم شديدة ، و بأسهم بينهم عنيفا ، وسهل عليهم أن يترامول بألفاظ الكفر والفسوق والعصيان ، وأن يتراشقوا بنبال الموت ، وأن تشجر السيوف ، وأن تطيح فى هذه الفتن رءوس طائفة كبيرة من المسلمين . لقد انقسمت الأمة الى خوارج وشيعة ، وخالفهما جماهير من المسلمين ، وكل لا يثق بمـا عند الآخر ، ويكفره أو يفسقه . وكل يريد أن يحتج لنحلته ، وينسبها للدين ، وان جافته ونافته . وفى كل نحلة فريق دخيل فى الاسلام أو لم يتغلغل نوره فى قلبه ، لا يهمه أن يقوم عمود الدين بمقدار ما يهمه أن تنتصر ملته القديمة ، أو يعيش المسلمون فى ظلام هـذه الفتن الطخياء ، ليطفئوا نور الله .

ولقد صاحب هذا أن قلت الحريجة الدينية ، فكثر التحديث عن رسول الله صلوات الله وسلامه عليه ، وقل التحرى ، ولم يكن ثمة رقيب من حاكم قاهر ، أو ضمير زاجر ، الا من عصم الله ، فكثر الكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، واختلط الصادق بالمكذوب ، حتى تعسر التمييز . ولقد ذكر النووى بعض أسباب الكذب فقال رحمه الله ناقلا عن القاضى عياض فى الكاذبين على الرسول : « هم أنواع منهـم من يضع ما لم يقله أصلا اما استخفـافا ، كالزنادقـة وأشباههم ممن لم يرج للدين وقارا ، واما حسبة بزعمهم وتدينا كجهلة المتعبدين الذين وضعوا الأحاديث فى الفضائل والرغائب ، واما اغرابا وسمعة كفسقة المحدثين ، واما تعصبا واحتجاجا كدعاة المبتدعة ، ومتعصبى المذاهب ، واما اتباعا لهوى أهل الدنيا فيما أرادوه ، وطلب العذر لهم فيما أتوه » . ولعل هذه الأسباب جميعها كانت متوافرة فى هذا العصر . فقد كثر الدخيل فى الدين كثرة اختلط معها الحابل بالنابل ، والبر بالفاجر ، والأتقياء بالأشقياء ، وكانت بدع النحل المختلفة التى تحتج لمذاهبها ، ولا تجد حرجا يمنعها من أن تسند الى الرسول ما لم يقله ، لتصيب

الفلج فى استدلالهـا أمام الناس . ومنهم من أكثروا من القصص الكاذب وأسندوه الى الرسول ترغيبا وترهيبا ، وان ذلك كان كثيرا . ثم الحكم كان استبداديا عضوضا ، فلا بد أن يكون ممن يدعى العلم من تملق الحكام غير مراع فقها ولا دينا . ولقد قارن هذا أن دخلت طوائف كثيرة فى الاسلام من الأمم التى استولى عليها المسلمون ، وسموا موالى . وكان من هؤلاء قوم أخلصوا فى دينهم ، وأسلموا وجوههم لله سبحانه وتعالى ، بل كان منهم من تتلمذوا للصحابة ، وخالطوهم ونقلوا عنهم علومهم ودينهم ، بل يقول بعض المؤرخين ان أكثر فقهاء التابعين كانوا منهم . جاء فى معجم ياقوت « قال عبد الرحمن بن زيد بن أسلم : لما مات العبادلة عبد الله بن عباس. وعبد الله بن عمر . وعبد الله بن عمرو بن العاص صار الفقه فى جميع البلدان الى الموالى ، فصار فقيه أهل مكة عطاء بن أبى رباح ، وفقيه أهل اليمن طاووس ، وفقيه أهل اليمامة يحيى بن كثير ، وفقيه أهـل البصرة الحسن البصرى ، وفقيه أهل الكوفة النخعى ، وفقيه أهل الشام مكحول ، وفقيه أهل خراسان عطاء الخراسانى الا المدينة ، فان الله خصها بقرشى ، فكان فقيه أهل المدينة غير مدافع سعيد بن المسيب»[1] . ولقد كان تلقى هؤلاء للفقه ، وتتلمذهم للصحابة ،

(١) راجع فجر الاسلام للاستاذ أحمد أمين . ولقد جاء فى العقد الفريد مايقارب هـذا فقد جاء فيه : « قال ابن ابى ليلى قال لى عيسى بن موسى ، وكان ديانا شديد العصبية : من كان فقيه العراق ؟ قلت الحسن بن ابى الحسن . قال ثم من ؟ قلت محمد بن سيرين . قال فما هما ؟ قلت موليان . قال فمن كان فقيه مكة ؟ قلت عطاء بن ابى رباح ، ومجاهد ، وسعيد بن جبير ، وسليمان بن يسار قال فما هؤلاء ؟ قلت موال . قال فمن فقهاء المدينة ؟ قلت زيد بن أسلم ، ومحمد بن المنكدر ، ونافع بن ابى نجيح . قال فما هؤلاء ؟ قلت موال . فتغير لونه ، ثم قال فمن أفقه أهـل قباء ؟ قلت ربيعة الرأى ، وابن ابى الزناد . قال فما كانا ؟ قلت من الموالى ، فاربد وجهه . ثم قال فمن فقيه اليمن ؟ قلت طاووس وابنه ، وابن منبه . قال فما هؤلاء ؟ قلت من الموالى . فانتفخت أوداجه ، وانتصب قاعدا قال فمن كان فقيه خراسان ؟ قلت عطاء ابن عبدالله الخراسانى . قال فما كان عطاء هـذا ؟ قلت مولى . فازداد وجهه تربدا . واسود اسودادا ، حتى خفته ثم قال فمن كان فقيه الشام ؟ قلت مكحول . قال فما كان مكحول هذا ؟ قلت مولى ، فتنفس الصعداء . ثم قال فمن كان فقيه الكوفة ؟ فوالله لولا خوفه لقلت الحكم ابن عتبه وعمار بن ابى سليمان ، ولكن رأيت فيه الشر ؟ فقلت ابراهيم النخعى والشعبى . قال فما كانا ؟ قلت عربيان ، فقال الله اكبر وسكن جأشه » راجع تاريخ الجدل ص ٣٥٦ .

وجلهم ينتمون الى أمم ذات حضارات ، ولا بد أن يكون فى رءوسهم صورها وعلم بتاريخها وأنظمتها — سببا فى أن تشعب الاستنباط فى الفقه ، وكثر التفريع فيه . على ما سنشير اليه فى موضعه .

ولقد أضيف الى العوامل السابقة أن الفقهاء لم يكونوا فى بقعة واحدة كما كانوا فى عصر الصحابة ، فقد كانت المدينة عش الصحابة من أهل الفقه فى الدين ، وأهل المعرفة واليقين ؛ لأن سنة عمر كانت تقضى باحتجازهم داخل ربوع الحجاز لا يعدوه كبراؤهم ، ولا يتجاوز الحرتين عظماء المهاجرين والأنصار ، أما فى عصر التابعين فقد كان لكل مصر فقهاؤه على نحو ما علمت مما نقلناه لك . وإن تفرق الفقهاء فى الأمصار مدعاة لاختلافهم وتشعب أنظارهم ؛ إذ كل يفتى بما يرى من غير أن يلاقى أخاه ، ويناقشه الرأى ، ويساجله الفكر . وكل مأخوذ بعرف اقليمه ، والمسائل التى ابتلى بها أهل ذلك الاقليم . لذلك كان ثمة ألوان مختلفة من الفكر الفقهى ، وكل يتحرى فيما يفتى به الالتماس من الدين والقرب منه ، وصلاح الناس ، وما هو أشد مواءمة لحالهم ، واتفاقا مع بيئاتهم .

١٥ — ولقد نجم عن الجرأة على التحديث وكثرة الكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم أن فكر عمر بن عبد العزيز فى تدوين السنة ، وأشار بتدوينها ، ودراستها وتحرى الصادق من المكذوب على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كما نجم عن كثرة الكذب هذه الكثرة أن اشتد كثيرون من الفقهاء فى الأخذ بالرأى ، وساعد على ذلك أن كثر الفقهاء من الموالى ، كما كثرت المنازع العقلية ، وابتدأت الفرق تفكر فى العقائد تفكيرا فلسفيا ، ثم صارت مواطن الاجتهاد هى الأماكن التى كانت مهدا لحضارات ومدنيات وعلوم ، وفيها اثارتها والاجتهاد بالرأى والقياس هو الذى يتفق مع هذه النظريات العلمية .

وكما كان فقهاء يكثرون من الاجتهاد بآرائهم الى درجة الافراط ، وجد فقهاء يتعصبون للسنة ويشتدون فى اتهام القياسيين أو الرأيين بالتحليل والتحريم من غير هدى ولا سلطان مبين ، وكان الخلاف بين أهل الحديث وأهل الرأى لا يدور على الاستدلال بالسنة فى ذاتها ، ولكن على الاعتماد على الرأى عند ما لا

تصح السنة فى نظر المجتهد ؛ فأهل الحديث يتوقفون ، ولا يفتون آخذين بظاهر قوله تعالى : « ولا تقف ما ليس لك به علم » ، وأهل الرأى يجتهدون لأن الصحابة سلكوا هذا المسلك ، وأقر النبى صلى الله عليه وسلم معاذا عليه ، ولأن الشريعة معقولة المعنى ومبنية على أصول محكمة فهمت من الكتاب أو السنة . وهم لا يكتفون بالاجتهاد بآرائهم فيما لا نص فيه من كتاب أو سنة ، بل قد يحكمون بضعف بعض ما ينسب الى النبى صلى الله عليه وسلم بضعف فى سنده ، أو شذوذ فى متنه ، فيظن خصومهم أنهم يرفضون الحديث مع صحته . والحق أنه لم يصح عندهم ، وكان أكثر أهل الحديث يقيمون بالحجاز ، وأكثر أهل الرأى بالعراق . وانما كان أكثر العراقيين أهل رأى ؛ لأن عبد الله بن مسعود كان شيخهم ويقيم به ، وهو ممن يتحرجون فى التحديث عن الرسول ، ولا يتحرج فى الاجتهاد برأيه ، وهو منسوب اليه ان كان خطأ ، و بتوفيق الله ان كان صوابا ، ولأن أكثر رواة الحديث كانوا بالحجاز . ولأن بالعراق فلسفة وعلوما ، و كانت به مدارس قديمة لليونانية والعلوم الفارسية وان من يتأثرون بهذه التعاليم يلائمهم الاجتهاد بالرأى و يفشو فيهم .

وقد امتاز المحدثون بأنهم لا يفتون الا فيما يقع من الأمور ، وفيما فيه نص . أما أهل الرأى فلايفتون فى استنباط أحكام لما يقع ، بل يضعون ضوابط كلية ، و يفرعون عليها فروعا جزئية فما يقع منها يعطونه حكمه ، وما لا يقع يفرضونه و يعطونه من الأحكام ما يتفق مع ضوابطهم وقواعدهم ، وقد شاع فيهم عند مناقشاتهم أن يقولوا فى فروضهم أرأيت لو كان كذا . حتى سماهم خصومهم الأرأيتيين . ولقد قال الشعبى، وهو من أهل الحديث ينصح متفقها: « احفظ عنى ثلاثا : اذا سألت عن مسألة ، فأجبت فيها ، فلا تتبع مسألتك (أرأيت) فان الله قال فى كتابه : « أرأيت من اتخذ إلهه هواه » والثانية اذا سئلت عن مسألة فلا تقس شيئا بشىء ، فربما حرمت حلالا ، أو حللت حراما . والثالثة إذا سئلت عما لا تعلم ، فقل لا أعلم [1] » ولقد قال الشعبى أيضا : « والله لقد بغض هؤلاء

(١) راجع الموافقات للشاطبى ، وتاريخ الجدل ص ٢٣٤ .

القوم إلى المسجد ، فهو أبغض إلى من كناسة دارى ، قيل ومن هم يا أباعامر قال الأرأيتيون» .

هذا و يلاحظ أن الفقه لم يدون لا فى عصر الصحابة ولا فى عصر التابعين ، بل ان السنة لم يبتدىء تدوينها إلا فى آخر عصر التابعين .

الفقه فى عصر الأئمة

(من أول القرن الثانى الهجرى الى منتصف القرن الرابع)

١٦ — امتازت تلك الحقبة من الزمان (١) بقيام الحضارة الاسلامية ، واستفلاظ سوقها ونموها واتساع نطاقها ، وسعة عمرانهـا (٢) كما امتازت بكثرة العلوم العقلية والنقلية ، وتدوين العلوم العربية الخالصة ووضع ضوابط لها ، فالنحو قد دون ، وعلم الكلام قد اتسع أفقه ، وترجمت كتب اليونان ودرست فلسفتهم ، واستبحر المسلمون فى الدراسات الفلسفية عامة (٣) ولقد كان بجوار ذلك أن تم تدوين السنة واتسعت دراستها ، وتحرى صادق اسنادها من مردوده ، والعناية بمعرفة صحيحها من ضعيف النسبة اليه عليه السلام . ولقد وضعت قوانين وأسس لروايتها ، حتى يتميز المقبول من المكذوب .

ولقد اتسع بسبب كل هذا الأفق الفقهى من ناحيتين : أولاهما أن الاستنباط لم يكن مقصورا على تعرف أحكام الجزئيات ، بل كان فيها وفى الضوابط التى يدخل فى عمومها جزئيات الأحكام الشرعية ، وكانت المناقشات بين الفقهاء تقوم على تلك الأسس ، كما تقوم فى الفروع . وثانيهما أنهم أخذوا يضعون أصولا لصناعة الاستنباط ، وكيف تفهم الأحكام من كتاب الله ، والسنة ، فوضعوا قوانين للألفاظ ودلالتها وغير ذلك . ولقد توج هذا العصر بوجود رجال امتازوا باجتهاد فى كل أبواب الفقه واستنبطوا أحكاما لكل باب من أبوابه ، وتدارسوا ذلك مع تلاميذهم ، فتكونت بذلك مذاهب لهم ، كان لها ذلك المدى البعيد فى أفق الحضارة الانسانية الى يومنا هذا .

١٧ — والآن نشير الى أكبر المسائل التى أخذت عنايتهم ، وكان مجال

نظرهم ، ولا نحاول أن نحصى كل عناصر استنباطهم ، وبحثهم وخلافهم ؛ لأن ذلك لا تتسع له الأسفار الضخام ، ولا نستطيع أن نشير الى جزئيات . ولكننا ننظر الى ما جد من بحث حول المصادر الأربعة التى نوهنا عنها فيما مضى ، وهى الكتاب والسنة ، والرأى والقياس ، والاجماع . فننظر فيما جد من خلاف حولها . وما مدى قوة الاحتجاج بها .

(ا) أما الكتاب فلم يختلف أحد فى حجيته وكونه المصدر الأول للشريعة ، لأن من ناقش فى ذلك وأنكره فقد خرج عن نطاق الاسلام . ولكن كان الجدل حول دلالات الألفاظ ، و بعض مسائل أصولية كوقوع النسخ فيه وعدم وقوعه ، وكتخصيص عمومه . وكالمحكم والمتشابه فيه ، وغير ذلك من المسائل التى لا تمس أصل الاحتجاج به والاستنباط منه ، ولكن تتصل بطريق الاستنباط ومداه وعلاقته بالسنة .

(ب) أما السنة فقد كانت كثرة الكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العصر السابق مع طول العهد سببا فى صعوبة معرفة الصادق من غير الصادق منها ، فوضعت أصول وقواعد لذلك ، ودونت السنة وظهرت المسندات وصحاح السنة ، وما قام به الأعلام الذين جمعوا بين الفقه والحديث من جهود مأثورة ومشكورة . ولكن مع ذلك نبتت فى هذا العصر فكرة رفض الاحتجاج بالسنة عند بعض الناس ما لم تكن بيانا لقرآن . ويظهر أن هذا الفريق من شذاذ التفكير طوته لجة التاريخ واندثر لعدم استحقاقه للبقاء ، ولولا أن الشافعى ذكره فى الأم فى مناظرات قامت بينه و بينهم ماعلم بهم أحد . ولعل هؤلاء كانوا من المعتزلة . فقد رأينا فى كتاب تأويل مختلف الحديث انهم كانوا يجتهدون فى الفقه ، ورأينا أن الأم يذكر أن بعض أهل البصرة هم رافضو الاحتجاج بالسنة . والبصرة عش الاعتزال [١] .

والعلماء قد اتفقوا على أن السنة هى الأصل الثانى لمعرفة أحكام هذا

---

(١) راجع تاريخ التشريع الاسلامى للاستاذ المرحوم الخضرى بك . وتاريخ الجدل للمؤلف رقم ٣١١ .

الدين ، ولكنهم اختلفوا فى ذلك العصر فى أوصاف الأحاديث التى تصلح حجة فى الاستنباط ، وكان ذلك مثار خلاف متسع ، ونقاش كبير دون أكثره فى أصول الفقه ، فليرجع اليه .

(ج) أما الرأى والقياس[1] ، فقد اشتد النقاش حولها أولا ، وقام كل فريق يدلى بحجته ، واستمر العراق موطن الرأى كما كان الحجاز موطن الحديث . وقد قال الأستاذ الخضرى بك رحمه الله : « ان مبدأ اتخاذ القياس أصلا فى التشريع قد انتصر فى هذا الدور انتصارا عظيما ، وإن لم يكن الفقهاء على درجة واحدة فى استعماله فى الاستنباط ، فأبعدهم أثرا وأرسخهم قدما فيه الحنفية ، وأقلهم نفوذا فيه الحنابلة والمالكية ، والشافعية بين الفريقين ، وابتعد عنه بعض أهل الحديث والشيعة ، وغلا الظاهرية فى رفضه » .

ولكن الفارق لم يستمر طويلا بين أهل الرأى وأهل الحديث . فان الطبقة التى جاءت بعد الأئمة أصحاب المذاهب وتلاميذهم قد تلاقوا مهما يختلف أساتذتهم ، فالامام محمد من أصحاب أبى حنيفة يرحل الى الحجاز ويدرس موطأ مالك ، والشافعى يتلقى عن محمد بن الحسن فقه أهل الرأى . وأبو يوسف نفسه يؤيد آراء كثيرين من أهل الرأى بالأحاديث ، ولذا نجد كتب الفقه المختلفة مملوءة بالرأى والحديث معا مما يدل على تلاقيهما وان اختلف الفقهاء كثرة وقلة فى الأخذ بأحدهما دون الآخر .

(د) أما الاجماع فقد رأى قوم من الفقهاء أن اجماع العلماء على أمر من الأمور فى عصر من العصور يوجب اتباع الأعقاب له ، لأن من لم يتبعهم يسير فى غير سبيل المؤمنين ، ورأى آخرون أن الاجماع ليس بحجة ، بل لم يتصوروا وجوده ، وكان الشافعى يقول : ان الاجماع حجة ، ولكنه اذا ناظر واحتج عليه

(١) القياس الحاق أمر غير منصوص على حكمه بآخر منصوص على حكمه لاشتراكهما فى علة الحكم . والرأى يشمل هذا القياس ، ويشمل الاستحسان ، وهو مخالفة القواعد الفقهية لسبب آخر أوجبت المخالفة . ولذا يسمى القياس الخفى ، ويشمل المصالح المرسلة ، وهى الافتاء بما فيه مصلحة غير منهى عنها فى حال عدم وجود نص .

به فى مسألة أنكر وجوده فيها ، ولم يعرف أنه اعترف بوجوده فى مسألة مما نوقش فيه . وقال الامام احمد من ادعى الاجماع فهو كاذب .

١٧ — فى كل ما سبق وفى غيره كان يجرى البحث والاجتهاد والاستنباط . ثم الاختلاف العلمى الحر ، وقد كانت التركة الفقهية المثرية الخصبة النضرة الباقيـة على طول الحقب وامتداد العصر ثمرة لذلك كله . هذا ويلاحظ فى هذا العصر عدة ملاحظات نجمل بعضها فيما يلى :

الملاحظة الاولى : ان الآراء الفقهية دونت ، فلم يكن الفقه آراء تلقى ، وينتفع بها فقط من ألقيت اليه ثم من استحفظها ممن يهمه استحفاظها ، بل فى هذا العصر . كان التدوين بكل معناه ، فقد دونوا آراءهم بل دونوا آراء من سبقوهم ، وجمعوها « فالعراقيون جمعوا فتاوى ابن مسعود ، وقضايا على وفتاواه ، وقضايا شريح وغيره من قضاة الكوفة . وجمع فقهاء المدينة فتاوى عبد الله بن عمر وعائشة وابن عباس»[1] .

والمذاهب جمعت ودون بعض المجتهدين آراءه باملائه كالشافعى فى الأم . وبعضهم رواها تلاميذه كما فعل الامام محمد فى روايته آراء ابى حنيفة وأصحابه فى كتب ظاهر الرواية ، وهكذا أصبح الفقه مسطورا فى بطون الكتب . يجىء الخلف فيرى عمل السلف مدونا منشورا بين النـاس ، فيبنى عليه من غير عناء فى البحث عن الحفاظ والرواة ، وإن وجد لا يأمن التزيد وأن يشبه على الراوى فى روايته .

الملاحظة الثانية : ان المذاهب تميزت ، وآراء المجتهدين قد تكونت موحدة مجتمعة ، فصار لكل امام مذهب وطريقة ووحدة تجمعه ، وله تلاميذ يتلقون عنه طريقته ، ويقتبسون من تفكيره ويسلكون مسلكه ، ولهم الحرية التامة فى اعتناق مايرون من آرائه أو رفضها ، فهم يتبعونه فى الطريقة ويجمعهم معه المنحى فى الاستنباط ، ولكن قد يرون مالا يرى ، ويصلون فى اجتهادهم الى غير

(١) ضحى الاسلام الجزء الثانى ص ١٧١ .

ما وصل لحال تلاميذ أبي حنيفة معه ، تجمعهم وحدة الأصول ، وتفرقهم أحيانا كثرة الآراء فى الفروع . فمهما يكن من أمر الاختلاف بين أصحاب المذهب الواحد ، فقد كان كل مذهب له أصول عامة يسير عليه صاحبه وتلاميذه .

الملاحظة الثالثة : أن الدولة لم تجعل لها فى ذلك العصر قانونا مسطورا مدونا ، بل لم تختر مذهبا من المذاهب تعمل به ، وتسير على منهاجه ، وتأخذ الرعية بما فيه من أحكام ، بل ترك الأمر إلى رأى القاضى واجتهاده ، فلم يكن لهم من قانون مقيد ملزم إلا الكتاب والسنة ، وفيما وراء ذلك فللقاضى رأيه واجتهاده ، وطريقة استنباطه ، ولقد أشار عبد الله بن المقفع على أبى جعفر المنصور أن يوحد ما يقضى به بين الناس فى قانون يدونه ، ويختاره من أقوال المجتهدين فى هذا العصر بعد تمحيص ، فقد جاء فى رسالة الصحابة ما نصه : « فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسنن المختلفة ، فترفع اليه فى كتاب ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس ، ثم نظر أمير المؤمنين فى ذلك ، وأمضى فى كل قضية رأيه الذى يلهمه الله ، ويعزم له عليه ، وينهى عن القضاء بخلافه ، وكتب بذلك كتابا جامعا عزما لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكما واحدا صوابا ، ورجونا أن يكون اجتماع السير قربه لاجتماع الأمر برأى أمير المؤمنين وعلى لسانه » [1] .

ولقد هم بالفعل أبو جعفر أن يختار آراء مالك قانونا لدولته ، ولكن مالكا رضى الله عنه نهاه عن ذلك قائلا : « يا أمير المؤمنين لا تفعل ، قد سبقت اليهم أقاويل ، وسمعوا أحاديث ، ورووا روايات ، وأخذ كل قوم بما سبق اليهم فدع الناس وما اختار أهل كل بلد منهم لأنفسهم » ، ولقد جاء الرشيد من بعد المنصور ، فحاول أن يحمل الناس على ما جاء فى موطأ مالك ، وشاوره فى أن يعلقه فى الكعبة ويحمل الناس على مافيه ، فاعترض مالك أيضا ، وقال : « لا تفعل فان

---

(١) رسالة الصحابة فى ضمن رسائل البلغاء التى جمعها الاستاذ كرد على . وجمهرة رسائل العرب الجزء الثالث للاستاذ صفوت .

أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفوا فى الفروع ، وتفرقوا فى البلدان ، وكل مصيب » . عندئذ ماتت الفكرة أو خمدت ولم يذكر التاريخ انها قامت فى مدى هذا الدور من أدوار الاجتهاد .

الملاحظة الرابعة : كان الاجتهاد فى هذا الدور حرا طليقا ، لم تغلق أبوابه ولم يكن ثمة تقليد الا من العامة يقلدون من يستفتونه . أما الفقهاء فكانوا فى حرية يظلها القرآن الكريم ، وتنيرها السنة النبوية ، ويهديها المأثور عن الصحابة والتابعين الى محجة الصواب .

بيد أنه فى آخر ذلك العصر قد ابتدأت ريح التقليد ، ولكن لم تعم ، ولذلك يحق للباحث أن يقول ان العصر كله كان عصر اجتهاد طليق فى ظل الكتاب والسنة .

والآن نقول كلمة موجزة أشد الايجاز فى كل امام من الأئمة الاربعة .

١ — أبو حنيفة (٨٠ — ١٥٠)

اسمه النعمان وكنيته أبو حنيفة وأبوه ثابت ، فارسى . وقيل ان ثابتا هذا قد استرق لبنى يتم ؛ ولذا قيل ابو حنيفة اليتمى ؛ لأن أباه من مواليهم ، ويستبعد المتعصبون له أن يكون قد جرى الرق على أبى حنيفة أو أبيه ، ويحكمون بأنه حر من أبناء الأحرار فى فارس لم يجر رق فى نسبه قط . وإن صح الرق على أبيه أو عليه فليس ذلك بضائره لأنه ما علا بنسب أو حسب ، ولكن بعلم وفضل وتقى ، وانه لجليل خالد الذكر بعيد الأثر ، مهما يكن أبوه . ولقد ثبت عند أكثر المؤرخين أنه ولد فى العام المتمم للثمانين بعد الهجرة فى عهد عبدالملك بن مروان وعاش الجزء الأكبر من حياته فى عصر الأمويين ، فأدرك تلك الدولة فى عزها وعنفوانها وطغيان بعض ولاتها ، وقسوتها وشدتها على آل البيت وكان فيه كأبناء قبيله تشيع لهم ؛ ثم أدرك اضطراب الأمور عليها ، وقص الأرض من أطرافها ، واستيلاء بنى العباس ، فصهرت تلك الاحداث نفسه

وأنضجتها تلك التجارب ، وانه لمرهف الحس قوى الادراك ، سريع اللحظ . لقد ولد ونشأ بالكوفة ، وفى العراق علم وفلسفة وحكمة ، واتجه فى أولى حياته الى علم الكلام يجتاز سهوله وأحزانه ، ثم تحول الى علم الفقه ؛ بعد أن شدا ونما فيه ، وقيل أن له مؤلفا فيه سماه الفقه الأكبر . ولقد روى عنه تلميذه زفر ابن الهذيل أنه قال : « كنت أنظر فى الكلام ، حتى بلغت فيه مبلغا يشار الى فيه بالأصابع » ويروى عنه أنه قال : « كنت قد نازعت طبقات الخوارج من الاباضية والصفرية وغيرهم .. وكنت أعد الكلام أفضل العلوم ، ثم علمت أنه لو كان فيه خير لتعاطاه السلف الصالح فهجرته » هجره الى الفقه ، فأخصب فيه ، وقد تلقى الفقه على حماد بن أبى سليمان الأشعرى فقيه الكوفة ، ولازمه وحماد هذا كان شيخ مدرسة الرأى ، ومن انتهى إليه علمها ، فتخرج عليه أبو حنيفة ووجد الرأى يوائم ما عنده من نزعة منطقية فكرية ، فسار فيه حتى صار شيخ هذه المدرسة ، ومن انتهت اليه علومها فى الفقه ، ولقد تلقى أبو حنيفة مع تلقيه عن شيخه حماد عن كثيرين سواه ، جلهم من أهل الرأى والقياس .

ومع اتجاه أبى حنيفة للفقه ، ونباهة أمره فيه وعلو شأنه كان يأكل من تجارة الخز ، وقد أفاد من ذلك علما كثيرا بالصفق فى الاسواق ، وعرف التجار فى عصره ، وكان ذا ثروة عظيمة ، وعاش فكها فى حياته الى أن مات فى حبس المنصور سنة ١٥٠ .

لقد عرض على أبى حنيفة القضاء مرتين فامتنع وعذب فيهما . وانتهى عذابه فى الثانية بالموت فى محبسه . عرض عليه أول مرة فى عهد بنى أمية فرفض فعذب لهذا الرفض ولتشيع لآل البيت عرف به . وعرضه عليه المنصور فرفضه وكرر الرفض بعد تهديده قائلا : « لو هددتنى أن تغرقنى فى الفرات أو أن الى الحكم لاخترت أن أغرق . فلك حاشية يحتاجون الى من يكرمهم لك ، فلا أصلح لذلك » غير أنه يظهر أنه اتخذ الرفض دليلا على تشيعه ، فقد اشتهر عنه التشيع لآل على . يروى أنه كان يذكر ذلك فى دروسه . ويجهر به حتى قال له تلميذه زفر بن الهذيل « والله ما أنت بمنته حتى توضع الحبال فى أعناقنا » .

وطريقة أبى حنيفة فى الاجتهاد تتلخص فى جمل رويت عنه ، فقد قال عن نفسه « انى آخذ بكتاب الله اذا وجدته ، فما لم أجده فيه أخذت بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والآثار الصحاح عنه التى فشت فى أيدى الثقات ، فاذا لم أجد فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذت بقول أصحابه من شئت وأدع قول من شئت ، ثم لا أخرج من قولهم الى قول غيرهم ، فاذا انتهى الأمر الى ابراهيم ، والشعبى ، والحسن ، وابن سيرين ، وسعيد بن المسيب . . . فلى أن أجتهد كما اجتهدوا » .

ولقد مات ابو حنيفة بعد أن ترك آراءه فى صدور تلاميذه فقاموا عليها خير قيام ، ورعوها حق رعايتها ثم ورثوها من بعدهم ودونوها فى الكتب .

١٨ — وتلاميذه كثيرون نذكر منهم ثلاثة لأن كتب الفقه الحنفى تذكرهم دائما . وهم ابو يوسف ، ومحمد وزفر[1] .

أما ابو يوسف (١١٣ — ١٨٣) : وهو يعقوب بن ابرهيم وجده الأكبر من الانصار ، فهو عربى وقد نشأ فقيرا ، فكان أبو حنيفة يمده بالمال ، وقد لازمه وأخذ عنه ، وكان أحب تلاميذه اليه . ولقد ولى القضاء للمهدى وللهادى وللرشيد ، وكان ذا حظوة عند الرشيد ، وقد كان أول من رحل الى أهل الحديث من أصحاب أبى حنيفة . وقد أفاد منه المذهب فوائد كثيرة ، فقد ابتدأ بتدوينه ، ودون كثيرا منه ، وأيده بالسنة بعد أن اتصل بالمحدثين ونشر المذهب بما له من جاه القضاء ، وصقل المذهب صقلا قضائيا . ولم يتفق مع أبى حنيفة فى كثير من المسائل ، ورأيه أنضج الآراء فيما يتعلق بالأقضية .

ومحمد : هو ابن الحسن الشيبانى ، وهو من الموالى ، ونسبته الى بنى شيبان بالولاء ولد سنة ١٣٢ وتوفى سنة ١٨٩ ، تتلمذ لأبى حنيفة فى آخر حياته ، ولم

---

(١) اذا ذكرت كتب الفقه كلمة الشيخين فالمراد أبو حنيفة وأبو يوسف ، واذا ذكرت كلمة الصاحبين فالمراد ابو يوسف ومحمد ، واذا ذكرت كلمة الطرفين فالمراد ابو حنيفة ومحمد ، واذا ذكرت كلمة أئمتنا الثلاثة فالمراد ابو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ، وزفر يذكر باسمه دائما .

يلازمه طويلا ؛ لأن أبا حنيفة مات وهو فى الثامنة عشرة من عمره . وقد أخذ فقه العراقيين ، وتلاقى بالمحدثين ، وكان فيه ذكاء وفطنة . وله أثر فى فقه أبى حنيفة لأنه هو الذى دونه فى كتبه . ومن أشهرها كتبه الستة وهى المبسوط ، والزيادات ، والجامع الصغير ، والسير الصغير ، والجامع الكبير ، والسير الكبير ، وفيها رويت آراء أبى حنيفة ودون مذهبه ، وتسمى هذه الكتب ظاهر الرواية .

وزفر : هو زفر بن الهذيل (١١٠ — ١٥٨) ، وكان أمهر أصحاب أبى حنيفة فى القياس ، وأشدهم أخذا بطريقته ، ولم يتلق عن أهل الحديث كالصاحبين . ويروى عن المزنى وهو من أصحاب الشافعى أنه جاءه رجل فسأله عن فقهاء العراق قال : ما تقول فى أبى حنيفة ؟ قال : سيدهم ، قال فأبو يوسف ؟ قال أتبعهم للحديث . قال فمحمد ؟ قال أكثرهم تفريعا . قال فزفر ؟ قال أحدهم قياسا .

٢ — مالك (٩٣ — ١٧٩)

١٩ — هذا هو امام دار الهجرة مالك بن أنس عربى ، ينتهى الى قبيلة يمنية ، ولد بالمدينة ، وعاش بها ولم يرحل عنها الى غيرها من البلدان . تلقى الفقه على كبار التابعين وتابعيهم بالمدينة ، فأخذ عن نافع مولى عبد الله بن عمر ، وعن ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بربيعة الرأى وغيرهما . وقد أخذ أكثر دروسه عن أهل الحديث ، وتلقى على أهل الرأى ، فأخذ عن ربيعة الرأى كما ترى . ولما شهد له شيوخه بالحديث والفقه جلس لرواية الحديث والافتاء . فكان من جهة راوية للحديث وحافظا متصدرا فيه ، وكان من جهة أخرى فقيها مستنبطا ، ولقد روى عنه الحديث كثيرون من العلماء . منهم أبو يوسف صاحب أبى حنيفة ، ومحمد بن ادريس الشافعى ، وتخرج عليه فى الفتيا والاستنباط مجتهدون أجلاء . ولقد كان مجلس علمه مجلس وقار ومهابة . قال الواقدى وغيره : « كان مجلس مالك مجلس وقار وحلم ، وكان رجلا مهيبا نبيلا ، ليس فى مجلسه شىء من المراء واللغط ، ولا رفع صوت . اذا سئل عن شىء فأجاب سائله لم يقل له من

أين رأيت هذا »[١] .

ولقد أنزل ولاة بنى العباس بذلك الامام الجليل محنة شديدة ، فقد ضربه والى المنصور بالسياط . وقد اتفقت الروايات على ايذائه ، واختلفت فى سببه ، فقيل إنه كان لا يرى يمين المكره وأن من حلف مكرها فلا يمين له . وكان يروى الحديث « وليس على مستكره طلاق » ، فقيل لبنى العباس ان هذا يستتبع أن من بايع مكرها فله التحلل من بيعتهم بهذا الحديث . فنهى عن التحديث به . فحدث به على رؤوس الأشهاد . وروى أن السبب أنه سئل عن البغاة الخارجين على الخلفاء ، أيجوز قتالهم ، فقال : ان خرجوا على مثل عمر بن عبد العزيز . فقال السائل فان لم يكن مثله ، فقال دعهم ينتقم الله من ظالم بظالم ، ثم ينتقم من كليهما » . ومهما يكن من أمر هذا الخلاف فمن المؤكد أن السبب رأى له قد ارتآه أو وشاية نمام أثيم . ولقد نتج عنه أن مالكا ضرب بالسياط ، ومدت يده ، حتى انخلعت كتفه ، قالوا فما زال مالك بعد هذا الضرب فى رفعة من الناس ، وعلو من أمره ، حتى كأنما كانت تلك السياط حليا حلى بها[٢] .

٢٠ — وطريقة مالك فى الاستنباط أن يأخذ من الكتاب ثم من السنة ، وكان لا يشدد فيشترط للأخذ بالحديث أن يكون مشهورا كما كان يفعل أبو حنيفة ، بل كان يأخذ بالسنة وإن لم تكن مشهورة ، ولكنه مع ذلك شديد التحرى عن صدق الراوى ، ولقد كان يقول : « لا يؤخذ العلم من أربعة ، ويؤخذ من سواهم : لا يؤخذ من سفيه ، ولا يؤخذ من صاحب هوى يدعو الى بدعته ، ولا من كذاب يكذب فى أحاديث الناس ، وإن كان لا يتهم على حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا من شيخ له فضل وصلاح وعبادة اذا كان لا يعرف ما يحمل وما يحدث به »[٣] .

---

(١) راجع تاريخ التشريع الاسلامى للأستاذ المرحوم محمد بك الخضرى .

(٢) راجع ضحى الاسلام الجزء الثانى ص ٢٠٧ . والانتقاء لابن عبد البر ص ٤٣ .

(٣) ضحى الاسلام الجزء الثانى ص ٢١١ والانتقاء لابن عبد البر ص ١٦ .

وقد كان يأخذ بالقياس ، ولـكن بقدر قليـــل . وقد اشتهر عنه الأخذ بأمرين : (أحدهما) عمل أهل المدينة ، فكان ما عليه عمل أهل المدينة يجب الأخذ به عند مالك رضى الله عنه ما دام أساس هذا العمل النقل لا الاجتهاد ، وقد كان يقول «إن الناس تبع لأهل المدينة التى اليها كانت الهجرة ، وبها نزل القرآن» ، فان اتفق أهل المدينة على أمر قدم على القياس ، بل على الحديث الصحيح وان كان العمل عليه أكثرهم قدم على القياس وعلى خبر الواحد .

(ثانيهما) الأخذ بالمصالح المرسلة ، وهى المصالح التى لم يشهد لها من الشرع بالبطلان أو الاعتبار دليل ، فانه يأخذ بها اذا لم يكن ثمة نص فى موضع النزاع[١] . وقد فتح ذلك الأصـل بابا متسعا لحرية الاستنباط ، فـكان مذهب مالك مع أنه فى جملته من المذاهب التى تتمسك بالأثر قبل كل شىء من أوسع المذاهب وأرحبها ، وأقبلها للنمو ، ومسايرة الأزمان ، بسبب الأخذ بأصل المصالح المرسلة .

٣— الشافعى (١٥٠—٢٠٤)

٢١ — هو أبو عبدالله محمـد بن ادريس الشافعى ينتهى فى نسبه الى عبد المطلب جد النبى صلى الله عليه وسلم فهو عربى قرشى ، وقد ولد بغزه ورحلت به أمه وهو ابن سنتين الى مكه ، وفيها ترعرع ونما ، وتفصح فى بنى الهذيل بالبادية . وأخذ يتصل فى مكة برجال الفتيـا والحديث ، ثم رحل الى المدينة ، ولازم مالـكا رضى الله عنه ، وقرأ عليه الموطأ ، واستمر ملازما له حتى مات .

ولقد ولى بعض الأعمال باليمن ، ثم اتهم بالتشيع لآل على ، ولـكن نفى هذه التهمة عن نفسه أمام الرشيد ، فبرأ ساحته وقد التقى بعـدئذ بمحمد بن الحسن الشيبانى وأخذ عنه فقه العراق واطلع على كتبهم ، ثم أخذ فى التطواف فى الأقاليم ، حتى ألقى عصا التسيار ببغداد سنة ١٩٥ وفيها دون مذهبه الأول . وكان ثمرة لدراسته طريقة أهل الحديث بالحجاز ، ولطريقة العراقيين ، ولتجاربه فى

---

(١) سنبين المصالح المرسلة بعض التبيين فى الـكلام فى العقود .

الولاية والتطواف فى الأقاليم واطلاعه على معاملات الناس المختلفة ، ثم سافر الى مصر ، وفيها انفتق ذهنه الى أمور لم يرها أولا ، فأنشأ مذهبه الثانى ، وفى هذا المذهب اختلفت عن الأول نتيجة الاجتهاد قليلا وكثيرا فى مسائل كثيرة . وفى الحق ان مذهبه قد جمع خير ما عند أهل الحديث من طرق الاستنباط ، وأوسط ما فى مذهب أهل الرأى . ولقد قال الفخر الرازى : « ان الناس كانوا قبل الشافعى فريقين : أصحاب الحديث ، وأصحاب الرأى . أما أصحاب الحديث ، فكانوا عاجزين عن المناظرة والمجادلة ، عاجزين عن تزييف طريق أهل الرأى ، فما كان يحصل بسببهم قوة فى الدين ، ونصرة الكتاب والسنة . وأما أصحاب الرأى فكان سعيهم وجهدهم مصروفا الى تقرير ما استنبطوه برأيهم ، ورتبوه بفكرهم . . . فجاء الشافعى ، وكان عارفا بالنصوص من القرآن والأخبار ، وكان عارفا بأصول الفقه وشرائط الاستدلال . . وكان قويا فى المناظرة والجدل . . فرجع عن قول أصحاب الرأى أكثر أنصارهم وأتباعهم »(١) .

٢٢ — وطريقة الشافعى فى الاستنباط مدونة فى رسالته فى الأصول « يحتج بظواهر القرآن حتى يقوم الدليل على أن المراد بها غير ظاهرها ، و بعد ذلك السنة ، و يأخذ برواية الواحد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مادام ثقة ضابطا ، و يأخذ كالامامين السابقين بالاجماع ، و يرفض الأخذ بالمصالح المرسلة ، والاستحسان ، ولا يأخذ من أبواب الرأى إلا بالقياس . وقد دافع عن آرائه بفصاحة ولباقة وحضور بديهة وقوة مِرّة فى الجدل والمناظرة .

٤ — أحمد بن حنبل (١٦٤ — ٢٤١)

٢٣ — هذا هو الأمام الرابع أحمد بن حنبل الشيبانى . نشأ ببغداد وعاش بها ، وتلقى العلم عن أهل الحديث ، ودارس الشافعى ، ولقد قال فيه : « خرجت من بغداد ، فما خلفت فيها رجلا أفضل ولا أعلم ، ولا أفقه من أحمد بن حنبل» . ولقد كان أحمد زاهداً ورعا تقيا . نزلت به محنة استمرت طويلا ، فهو ممن امتنعوا

---

(١) ضحى الاسلام الجزء الثانى ص ٢٢٧ .

من أن يقولوا ان القرآن مخلوق فى عهد المأمون ، فقيد وسيق فى الأصفاد الى المأمون ، ولما مات المأمون لم ينقطع بلاء أحمد بل استمر البلاء به ومزق جسمه بالسياط ، وهو راض غير مستهين بعقيدته ، واستمر فى الحبس ثمانية وعشرين شهراً ، حتى يئسوا منه ، وعلموا أنه لا يجيب دعاءهم ، و يؤثر بالاجابة دعاء النفس والوجدان وما يراه واجب الاعتقاد وجزءاً من الايمان ، فأطلق سراحه ، فعاد الى ما كان عليه من الافتاء والتحديث الى أن مات المعتصم ، ولما آل الأمر للواثق سار على سنة أبيه وعمه فى هذه المسألة ، وأنزل المحنة بمن لا يراها ، ولكنه لم يرد أن ينزل بأحمد أكثر مما نزل به ، فقال لا تجمعن اليك أحدا ، ولا تساكنى فى بلد أنا فيه . فأقام الأمام أحمد مختفيا لا يخرج الى صلاة ولا غيرها ، حتى مات الواثق [١] .

والامام أحمد يعده كثيرون من العلماء محدثا ولا يعدونه فقيها ، فابن جرير الطبرى يقول فيه : « انه رجل حديث لا رجل فقه » .

وفى الحقيقة أن فقهه يبنى على الحديث ، فاذا وجد حديثا صحيحا أفتى به ، واذا وجد فتوى صحابى عمل بهــا ، واذا وجد فتاوى للصحابة تخير أقربها الى الـكتاب والسنة . واذا صحت عنده روايتان مختلفتان فى أمر من فتاوى الصحابة يروى عن أحمد روايتان أيضاً فى الفقه ، ولا يأخذ بالقياس إلا فى الضرورة القصوى ، ويرجح عليه الحديث ، ولو كان ضعيفاً . وكان يكره الفتيا فيما ليس فيه أثر [٢] .

الفقه فى دور التقليد

(من منتصف القرن الرابع الى الآن)

٢٤ — كان الناس فى العصور السابقة قسمين : أحدهما المجتهدون الذين يطلبون الشريعة من أصولها وثانيهما المقلدون الذين يأتون أهل العلم فيسألونهم عن الحكم فى الأمر الذى يعرض لهم . أما فى هذا العصر الذى نؤرخ للفقه فيه ، فقد استولت عليهم روح التقليد ، وأصبح الفقيــه من يعرف ما استنبطه غيره لا من

(١) تاريخ الجدل للمؤلف ص ٢٧٢ .

(٢) ضحى الاسلام الجزء الثانى ص ٢٣٥ .

يستنبط الأحكام من مصادرها ، وشاع تقليد أصحاب المذاهب السابقة حتى لقد قال أبو الحسن الكرخى ، وهو من الحنفية : « كل آية تخالف ما عليه أصحابنا فهى مؤولة أو منسوخة ، وكل حديث كذلك فهو مؤول أو منسوخ »[1] . ولم يعرف أن أحداً أقدم على فتح باب الاجتهاد الحر بعد أن أحكموا تغليقه إلا الامام الجوينى والد امام الحرمين وعدداً قليلا من العلماء اجتهدوا فى بعض المسائل كابن تيمية وابن القيم .

ولماذا غلقت أبواب الاجتهاد أمام العقول ، وقد كانت مفتحة ، وكزت العقول فى محيط التقليد الضيق وقد كانت فى ساحة الاجتهاد المتسعة الأرجاء ؟ السبب فى ذلك عدة أمور منها :

١ — تعصب التلاميذ لآثار أساتذتهم من الأئمة المجتهدين الذين أناروا العصر السابق ، وكشفوا ظلمات المسائل بنور عقلهم الساطع ، وان التعصب لفكرة يحمل الانسان على الجمود عليها ، والتعلق بأهدابها ، ودعوة الناس اليها وتحبيذها ، وكذلك فعل أولئك الذين جاءوا بعد الأئمة السابقين ، فقد عنوا بدراسة مذاهبهم ، ونشرها بدل السير على منوالها ، والاجتهاد كما اجتهد أصحابها ، فوثق الناس بالسابقين وشكوا فى أنفسهم .

٢ — **القضاء** : فقد كان الخلفاء يختارون القضاة أول الأمر من المجتهدين لا من المقلدين ، ولكنهم فى تلك العصور آثروا اختيارهم من المقلدين ليقيدهم بمذهب معين ، وليعينوا لهم ما يحكمون على أساسه ، بحيث يكونون معزولين عن كل قضاء يخالف ذلك المذهب ، ولأن بعض القضاة المجتهدين كان يتعرض لتخطئته الفقهاء فيكون حكمه مثار نقد عند الناس ، لا سبب اطمئنان لهم ، وحكم القضاة يجب أن يكون داعية اطمئنان ، لا داعية انتقاد ، ليطمئن الناس على أموالهم ودمائهم وأعراضهم ، وكان تقييد القاضى بمذهب يرتضيه الخليفة سببا فى نشر هذا المذهب ، واكتفاء أكثر الناس به .

(١) تاريخ التشريع للمرحوم الأستاذ الخضرى بك .

٣ — سعى الحكام المستبدين لتغليق باب الاجتهاد ، لأنهم وجدوا فى استمراره مفتوحا ما قد ينقض من أمرهم ، لأن العقول اذا اتجهت بحرية الى ما فى الدين من حقائق ، ونهلوا من ينابيعه ، وجدت من أصوله ما ينقض دعائم يبنيها الظالمون ، ويؤسس قواعدها الغاشمون .

٤ — تدوين المذاهب : فتدوينها سهل على الناس تناولها ، والناس دائما يطلبون السهل اليسير ، دون الصعب العسير ، ولقد كان يدفع الناس الى الاجتهاد فى العصور السابقة تعرف أحكام حوادث لا يعرفون حكمها ، وشئون عرضت لا يدركون أمر الشريعة فى شأنها ، فلما جاء المجتهدون فى الأدوار السابقة ، ودونوا أحكام الحوادث التى عرضت والتى يحتمل عروضها صار النـاس كلما عرضت لهم مسألة وجدوا السابقين قد تعرضوا لها ، فاكتفوا بمقالهم فى شأنها ، فسدت حاجتهم بما وجدوا ، فلا حافز يحفزهم الى بحث جديد . وساعد على ذلك ما للأقدمين من تقدير وما يكسبهم مضى الزمن من اجلال ، وما يكون من عناية الأمم بتكريم سلفها الصالح ليرتبط حاضرها بماضيها برباط متين .

لهذا كله انصرف الناس الى التقليد ، اللهم فى تعرف علل الأحكام فى المذهب ، أو ترجيح بعض الآراء فى المذهب على غيرها . ويسمى من أوتى القدرة على ذلك وأجيز له المجتهد فى المذهب .

ويصح لنا أن نختم الموضوع بكلمة للحق والضمير ، وهى أن الأئمة روى عن أكثرهم نهى عن تقليدهم من غير اقتناع بأدلتهم ، فأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان : « لا يحل لأحد أن يقول قولنا من غير أن يعلم من أين قلناه » . ويقول الشافعى مثل الذى يطلب العلم بلا حجة كمثل حاطب ليل يحمل حزمة حطب ، وفيها أفعى تلدغه وهو لا يدرى » . ويقول ابن حنبل « لا تقلد فى دينك أحداً » (١) . والله أعلم بالصواب .

---

(١) أعلام الموقعين الجزء الثانى ص ١٤٩ .


الكتاب الأول
فى الاموال والملكية

المـال

§ ١ — المال فى اللغة كل ما ملكته من جميع الأشياء ، فكل ما يقبل الملك فهو مال سواء أكان عينا أم منفعة . وقال ابن الأثير فى النهاية : « المال فى الأصل ما يملك من الذهب والفضة ، ثم أطلق على كل مايقتنى ويملك من الأعيان ، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل ، لأنها كانت أكثر أموالهم .

والمال فى اصطلاح الفقهاء قريب منه فى اللغة ، وقد اختلفت عباراتهم فى تعريفه ، ولكنها فى اختلافها تتقارب فى مرادها ، ولا تتباعد فى مفهومها ، فقد عرفه بعضهم بأنه ما يميل اليه الطبع ، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة [1] . وفى هذا التعريف ميزة أنه ربط بين معنى المال فى الشرع واشتقاقه اللغوى ، وفيه نقص لأنه غير جامع لكل أفراد المال ، فمن المال ما لا يمكن ادخاره مع بقاء منفعته كما هى ، فهذا النوع من المال لا يدخل فى عموم هذا التعريف مع اجماع كل الفقهاء على أنه مال له قيمة ويجرى فيه التعامل ، ومن ذلك أصناف من البقول أو الخضر ونحوها . وأيضا فمن الأموال ما لا يميل اليه الطبع ، بل يعافه وينفيه ويبعده كبعض الأدوية والسموم فانها أموال ، والتعريف بظاهره لا يشملها ولا تدخل فى عمومه ، إلا اذا تأولنا ميل الطبع الى الشىء بأنه الميل لادخاره وتموله ، وفى الحق ان كلمة يميل الطبع اليه غير محدودة وغير معينة المراد ، ويجوز أن تذكر فى سياق بيان تناسب بين لفظ المال وأصله فى الاشتقاق ، ولا تساق لتعيين معنى فقهى .

وعرفه بعضهم بأنه ما يجرى فيه البذل والمنع [2] ، وهذا التعريف مع ايجازه أعم من الأول وأكثر شمولا ، ولكنه يشمل المنافع ، وفى اعتبار المنافع من الأموال نظر وخلاف يستبينان فيما بعد .

---

(١) راجع البحر الجزء الخامس . والمجلة العدلية الجزء الأول .

(٢) راجع الدرر والدر المختار وحاشيته رد المحتار الجزء الخامس .

وأحسن تعريف فى نظرى ما نقله صاحب البحر عن الحاوى ، وهو أن المال اسم لغير الآدمى خلق لمصالح الآدمى ، وأمكن احرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار ، وهذا التعريف كامل صحيح ، وان كان فيه نقص فهو أنه لم يشمل الانسان المسترق ، وهو نقص فيه كمال ، لأن الانسان لا يعتبر مالا فى أصله ، والمالية أمر عارض للعبيد ، و يحسن رفعها ما استطاع الانسان الى ذلك سبيلا ، وهذا أمر مقرر فى الاسلام .

ومهما يكن من اختلاف بين هذه التعريفات فغايتها واحدة ، واختلافها ليس ناشئا عن اختلاف آراء قائليها ، بل هو اختلاف عبارات بين الوضوح والغموض والشمول وعدمه ، والمراد عند الجميع واحد ، ولا يبتعد عن التعريف اللغوى للمال ، وذلك لأن الكتاب الكريم والسنة الشريفة جاءت فيهما كلمة المال ، وترك للناس فهمها بما يعرفون و يألفون ، وأطلقت على ما كانوا يجرون فى معاملاتهم ، ولم يرد عن صاحب الشرع بيان خاص للمال حتى يكون عرفا اسلاميا له ، كما ورد فى الصلاة والصوم والنكاح وغيرها ، فكانت فى فهمها على ما عليه العرب ، فاذا قرأ العربى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : « كل المسلم على المسلم حرام : دمه ، وماله ، وعرضه » فهم المراد من المال بالطريق الذى يفهم به كلمة العرض وكلمة النفس من غير رجوع الى اصطلاح خاص .

§ ٢ — والشارع الاسلامى لا يعتبر كل مال صالحا للانتفاع مباح الاقتناء والاستعمال والاستغلال ، بل من الأموال ما لا يباح الانتفاع به للمسلم ولا يجوز له اقتناؤه وادخاره ، ومنها الخمر والخنزير ، فان المسلم غير مباح له الانتفاع بهما ، وملكيته لهما ملكية غير محترمة ، لا غرم على من أتلفهما فى يده ، ويسمى هذا النوع من المال مالا غير متقوم ، لأن الشارع لا يعترف له بقيمة ، اذ لا يبيح

الانتفاع به فى حال السعة والاختيار ، ولا يبيح الانتفاع الا فى حال الاضطرار ، كمن لا يجد ماء ، وهو فى حال ظمأ شديد يخشى معه هلاكه ، ووجد خمرا ساغ له أن يشرب منها غير طالب لها راغب فيها ، وغير مجاوز حد الضرورة وما تدفع به .

ويسمى النوع الذى يبـاح الانتفاع به مالا متقوما ؛ لأن الشارع اعترف بقيمته الذاتية ، وأباح الانتفاع به بكل طرائق الانتفاع ، وهو محترم مصون ، من تعدى عليه غرم ، وألزم بقيمته أو مثله على حسب الأحوال ، وقد نقل ابن نجيم فى بحره عن الكشف الكبير جملة موجزة توضح العلاقة بين التقوم والمالية ، فقال : « وفى الكشف الكبير . . . . المالية انما تثبت بتمول الناس كافة أو بتمول البعض ، والتقوم يثبت بها ، وبإباحة الانتفاع به شرعا ، فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يكون مالا كحبة حنطة ، وما يكون مالا بين الناس ، ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوما كالخمر ، واذا عـدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم » .

وترى من هذا أن المالية تلازم التقوم ، فحيثما كان تقوم فلا بد أن تصحبه مالية . وقد تكون المالية من غير أن يثبت تقوم ، ويكون حينئذ مالا غير متقوم لا يعترف الشرع له بقيمة ذاتية ، ولا يضفى عليه قيمة شرعية ، وان شئت فقل إن المال غير المتقوم مال فى عرف مستحليه ، ولكنه غير مال فى نظر الشرع ، لأنه سلب احترام المال ، وسلب القيمة التى يسير بها فى الأسواق ، والانتفاع الذى هو الثمرة الأولى من ثمرات المالية .

وقد انبنى على سلب الشارع القيمة من المال غير المتقوم أن متلفه لا يضمن لصاحبه المسلم شيئا ، لأنه غـير مصون . واذا كان المال غير المتقوم عوضا فى البيع أو فى أى عقد من العقود لم يصح العقد ، ولم يكن له احترام العقود الواجبة الوفاء

التى يظلها الشرع بحمايته (١) .

ولكن هذا انما هو خاص بالمسلمين ، أما غير المسلمين فان كان المال غير المتقوم عندنا يتعاملون هم به ، وينتفعون به فى دياناتهم فقد أمرنا باحترامه ، لأنا مأمورون باحترام كل ما يتدينون به (٢) ، إذ أمرنا بتركهم وما يدينون ، فالخمر والخنزير عند أهل الذمة أموال متقومة لا يجدون عندهم حريجة دينية فى الانتفاع بها ، فحق علينا أن نحترمها ، فاذا أتلف شخص لذمى خمراً أو خنزيراً وجب عليه أن يضمن له ما أتلف ، وان ترافعا الى القضاء ألزمه بالضمان ، وعقودهم فيهما من بيع وشراء وغيرهما صحيحة محترمة مصونة . روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قد اجتمع اليه عماله فقال : يا هؤلاء انه قد بلغنى أنكم تأخذون فى الجزية الخمر والخنزير ، فقال بلال : أجل انهم يفعلون ذلك . فقال فلا تفعلوا ، ولكن ولوا أربابها بيعها ، ثم خذوا الثمن منهم (٣) . وهذا الأثر يدل على أمرين أحدهما أنه لا يصح للمسلم أن يدخل الخمر والخنزير فى ملكيته ، بل لا تثبت له ملكية عليهما ، وثانيهما أن لغير المسلمين أن يتولوا العقود عليها ، لأن ملكيتهم لها محترمة.

٣ — وهل يعتبر المباح مالا متقوما ، جاء فى المجلة العدلية أنه مال غير متقوم إذ لم يدخله فى ضمن تعريف المال المتقوم . فقد جاء فى المادة ١٢٧ ما نصه : « المال المتقوم يستعمل فى معنيين الأول بمعنى ما يباح الانتفاع به ، والثانى بمعنى

---

(١) ويكون البيع باطلا اذا كان المال غير المتقوم قد تعين أن يكون المبيع فى العقد فاذا كان الخنزير مثلا مقابلا بما يثبت دينا فى الذمة تعين أن يكون مبيعا ، فيبطل ، وان كان مقابلا لما لا يتعين أن يكون ثمنا كان العقد فاسدا .

(٢) مانذكره هنا هومذهب أبى حنيفة وأصحابه ، وأما مذهب الشافعى رضى الله عنه ، فهو أن المسلم اذا أتلف خمرا أو خنزيرا لذمى لا يجب عليه الضمان ، وذلك لأن لهم مالنا وعليهم ما علينا فما ثبت فى حقنا من العقود والأموال وأحكامها ثبت فى حقهم ، وذلك مال غير محترم عندنا ، فهو عندهم كذلك ، ووجهة نظر الحنفية أننا أمرنا بتركهم وما يدينون ، واذا كانوا يعتقدون فى مثل هذه الأموال الحل . وحملناهم على عدم تناولها . ولم نحترمها . فقد ألزمناهم بعقيدتنا ولم نتركهم وما يدينون ، وذلك غير المقرر من قواعد الدين ، ونظريات الشريعة .

(٣) الخراج لأبى يوسف ص ١٥١ ، وفتح القدير الجزء الخامس ص ٣٦ .

المال المحـرز ، فالسمك فى البحـر غير متقوم ، واذا اصطيد صـار متقوما بالاحراز .

وقد تبعت المجلة فى هذا صاحب التلويح ، فقد جاء فيه « ان التقوم ضربان عرفى ، وهو بالاحـراز ، فغير المحـرز كالصيد والحشيش وغيرهما ليس بمتقوم ، وشرعى ، وهو باباحة الانتفاع به »(١) .

ومن هذا ترى أنه جعل الاحراز سببا للتقوم ، كما جعل اباحة الانتفاع سببا له ولذا جعل غير المحرز كالصيد والحشيش وغيرهما ليس بمتقوم ، ولعل الذى دفعه الى ذلك هو عدم ضمان المباحات بالاتلاف ، وعدم صحة العقد عليها ، فـكان ذلك دليلا على عدم تقومها .

والذى أراه أن الأموال المباحة يجوز اعتبارها أموالا متقومة ما دام الشارع قد أباح الانتفاع بها ، واحترم ملـكية من سبق اليها واستولى عليها ، واذا نظرنا هذا النظر لا تعد أموالا غير متقومة ، لأن الأموال غير المتقومة ما لا يقر الشارع ملـكيتها ولا يحترمها ، ولا يبيح الانتفاع بها . وأما عدم ضمان المباح باتلافه ، فلأنه لا مالك له ، والضمان انما يـكون لمالك يطالب بحقه ، وكذلك عدم ورود التصرفات الشرعية عليه ، لعدم ملـكية المتصرف ، ولأنه باق على الشركة الطبيعيـة باباحته للعموم وتركه للناس يتسابقون فى احرازه والاستيلاء عليه ، وبالاحراز يدخل فى الملـكية ، وتتعلق به كل حقوق المالك للمحرز .

ومن أحسن ما قيل فى المباح ما جاء فى شرح المجلة للغزى فى باب الشركة فى المباح : « قال صلى الله عليه وسـلم الناس شركاء فى ثلاث : الماء ، والـكلأ ، والنار ، فما لم يسبق اليه حوز من هذه ، فهو باق على أصل الشركة ، وما أحرز من ذلك بما يعالج من وسائل الاحراز لأحد يكون ملـكاله ، يورث عنه

---

(١) وقد جاء فى البدائع فى كتاب الغصب ما يفيد بفحواه ما قاله صاحب التلويح ، وجاء فى كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام البزدوى مثل ما جاء فى التلويح أيضا ومن أدلتهم أن المباح ليست له قيمة قبل احرازه .

ويتصرف فيه استقلالا على نحو التصرف فى الأملاك الخاصة ، وكل شركاء المباح يأخذ الواحد منهم حصته منه بالسعى والعمل ، والعاطل والمعطل عنه يكون بظلوما من نفسه ، لا من رفاقه الشركاء ؛ لأن وظيفة الحياة العامة العمل »[1] اه .

٤ — وتقسيم المال فى الشريعة الى متقوم وغير متقوم له نظير فى القانون ؛ لأن من الأموال ما يحرم قانون العقوبات اقتناءها واحرازها ويعد احرازها جريمة الا فى أحوال استثنائية ، وهى المواد المحرم تناولها ، وكل من استولى عليها فى غير أحوالها الاستثنائية بأى طريق من طرق الاستيلاء لا تحترم يده ، ومن أتلفها فى هذه الحال لا عقوبة عليه ، فهى مهدرة المالية لمن وضع يده عليها بغير مسوغ من القانون ، فهذا النوع من الأموال نعتبره نظير المال غير المتقوم فى الشريعة مقاربا [2] له فى المعنى ، لأن قانون العقوبات لم يحترم ملكيتها فى هذه الحال . فكأنه سلبها قيمتها من محرزها ، ولا يكتفى القانون فى سبيل التحريم باهدار ماليتها ممن ملكها ، بل يجعلها سببا فى العقاب الأليم ينزل به ، والغرم المالى يبهظه .

ومهما يكن من فوارق فى الاعتبار بين نظر الشريعة للأموال المحرمة فيها ، ونظر القانون لها فلا شك أنه يسوغ لنا أن نصف المواد المحرمة قانونا بأنها مال غير متقوم فى يد من يستولى عليها من غير مسوغ قانونى للاستيلاء .

§ ٥ — وقبل أن نترك الكلام فى حقيقة المال فى نظر فقهاء الشريعة نعرض المنافع أتعتبر مالا متقوما أم لا تعتبر كذلك ؟ قال الشافعى ومالك ، انها أموال متقومة مضمونة ، والدليل على ذلك :

ا — أن الطبع يميل اليها ، ويسعى فى ابتغائها وطلبها ، وتنفق فى سبيلها

---

(١) الجزء الثالث ص ٣ .

(٢) لا نستطيع أن نعتبره الا مقاربا لمعنى المال غير المتقوم فى الشريعة . لأن غير المتقوم فى الشريعة لايعتبر فى نظرها مالا قط . وان كان يعتبر فى نظر الناس أو بعضهم مالا . وأما المواد المحرمة فى قانون العقوبات فهى تعتبر مالا فى نظره . ولكن عدم احترام ملكيتها لتحريمها ولمنع تناولها ، وسدا للذريعة ، وردعاً لمن يسهلون للناس باب الأخذ والعطاء فيها .

الأموال ، ويتقدم فى سبيلها نفيس الأشياء ورخيصها .

وان المصلحة فى التحقيق تقوم بمنافع الأشياء لا بذواتها ، فالذوات لا تصير أموالا إلا بمنافعها ، فلا تقوم إلا بمقدار ما فيها من منفعة ، وما تشبعه من حاجة نافعة ، إذ كل شىء لا منفعة فيه لا يكون مالا ، واذا كان الشأن كذلك فكيف نسلب المالية والتقوم عما كان سببهما ، ومناطهما والعلة فى وجودهما فى الذوات والأشياء .

ب — وان العرف العام فى الأسواق والمعاملات المالية يجعل المنافع غرضا ماليًا ، ومتجرا يتجر فيه ، فالخانات والأسواق ، والبيوت التى تعد للاستغلال بسكناها ، انما تتخذ فيها المنافع متجرا ومستغلا تدر على أصحابها الدر الوفير ، فدل هذا على أن العرف العام يعتبر المنافع أموالا تبتغى .

جـ — والشارع الاسلامى اعتبر المنافع أموالا ، لأنه أجاز أن تكون مهرًا فى الزواج ، ولا يكون مهرا فى الزواج إلا المال كما قال الله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » . فاتفاق الفقهاء على جواز أن تكون المنفعة مهرا دليل على اعتبارها مالا ، ومن لم يعتبرها كذلك ، فهو متناقض فى آرائه .

د — ولقد ورد العقد عليها وتصير مضمونة به سواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا ، وضمانها دليل على أنها تكون مالا بالعقد عليها ، ولو لم تكن أموالا فى ذاتها ما قلبها العقد مالا ، لأن العقود لا تقلب حقائق الأشياء ، بل تقرر خواصها .

وقال الحنفية ان المنافع ليست أموالا متقومة بنفسها ، وانما تقومها بالعقد ، وقد استدلوا على ذلك بأن صفة المالية للشىء لا تثبت إلا بالتمول . والتمول صيانة الشىء واحرازه ، ولذا لا يقال لمن ينتفع بشىء مستهلكا له انه متمول له ، فلا يقال لمن يأكل شيئا انه يتمول ذلك المأكول ، واذا كان التمول كذلك فالمنافع لا يمكن تمولها ، لأنه لا يمكن احرازها ، إذ أنها لا تبقى زمانين ، بل تكسب آنا بعد آن ، وبعد الاكتساب تلاشى ، وتفنى فلا يبقى لها وجود .

واذن فهى ليست بمال ، لأن المالية بالتمول ، كما ذكرنا وكما استبان مما نقلناه عن صاحب البحر .

والمنافع قبل كسبها معدومة ، والمعدوم لايطلق عليه اسم المال ، وبعد كسبها لا يمكن احرازها ، والتقوم من أسبابه الاحراز فليس غير المحرز مالا متقوما ، كالصيد فى الفلاة ، والحشيش فى الكلأ المباح [١] . وإذا كانت المنافع حتى بعد وجودها لا يمكن احرازها ، فعلى ذلك لا يمكن أن تعتبر مالا متقوما .

لهذا كانت المنافع فى ذاتها وفى القياس والنظر لا تعتبر مالا متقوماً ، ولكن ورد النص ، وجرى العرف بعقد الاجارة وما يشبهها من العقود التى ترد على المنافع فقومت بهذا النوع من العقود استحسانا وعلى غير القياس ، وما جاء على غير القياس يقتصر فيه على مورد النص ، لا يعدوه ، ولا يتجاوزه الى غيره ؛ لذلك كانت المنافع مقومة بالعقود ، وليست مقومة بذاتها [٢] .

ولكن إذا كانت المنافع ليست أموالا متقومة فكيف تجرى عليها التصرفات الشرعية التى أجيزت استحسانا ، اذ كيف تجرى التصرفات الشرعية على معدوم ، لا وجود له ، وان وجد ، فليفنى فى ابانه ؛ لأنه لا يخرج عن أنه كسب للشخص ، وليس بموجود قائم بذاته ، وقد أجاب عن هذا صاحب التلويح بأنها ، وان لم تعتبر مالا تعتبر ملكا ، لأن الملك لا يقتضى الوجود كالمالية ، إذ هو القدرة على التصرفات الشرعية ، ولا شك أن يثبت يرد على المنافع باجماع الفقهاء وهذا نص ما جاء فى التلويح : « والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص ، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة » ثم أن العين تقوم مقامها .

---

(١) هذا الكلام مبنى على اعتبار المباح مالا غير متقوم ، وقد بينا رأينا فى هذا .

(٢) قد اقتبسنا ذلك الخلاف وتلك الأدلة من كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام البزدوى . والتقرير والتحبير على التحرير لكمال الدين بن الهمام . وشرح المنار فى الأصول لابن الملك . وحاشية الأزميرى على مرآة الأصول وشرح الكنز للزيلعى . ومع أن المنافع لا تعتبر أموالا عند الحنفية قالوا انهـا تقوم من غير عقد فى الوقف ومال اليتيم والأعيان المعدة للاستغلال .

وقد انبنى على هذا الخلاف بين الشافعى والحنفية فى حقيقة المنافع ، أهى مال أم غير مال خلاف فى فروع كثيرة فى بعض مسائل الغصب والاجارة والاعارة نذكرها فى مواضعها ان شاء الله تعالى .

القيمى والمثلى

§ ٦ — القيمى نسبة الى القيمة . والمثلى نسبة الى المثل ، ويطلق المثلى فى الشريعة على الأموال المقدرة بالكيل والمقدرة بالوزن ، والعدديات [1] المتقاربة التى لا تفاوت بين آحادها ، أو بينها تفاوت لايعتد به فى نظر التجار . ويمتاز المثلى بأن آحاده لا تفاوت بينها كما بينا ، وصفقاته لا يضرها التبعيض ، فمن أراد أن يشترى مائة أردب قمحا ، بعشرين جنيها ومائة ، لا يضره أن يشتريها على صفقتين أو صفقة واحدة لأن التجزئة لا تضير آحاد المكيلات والموزونات ، ولا تختلف أسعارها فى أجزائها عنها فى مجموعها .

والقيمى ما لا يقدر بالكيل أو الوزن ، وليس عدديا متقاربا ، فالتفاوت بين آحاده تفاوت كبير يعتد به التجار كالحيوان وغيره . ومن القيمى الأشياء التى تعرف بالقياس ، وهى المسماة بالمذروعات ، وكانت هذه قيمية للتفاوت بين آحادها ، ولأن التجزئة تضرها ، فمن يريد أن يشترى أربع أذرعة من مقيس لا يرضيه أن يشتريها مجزأة ؛ لأن قيمتها وهى ذراع واحدة غير قيمتها فى ضمن ثلاث أذرعة .

وقد عرف قدرى باشا فى مرشد الحيران المثلى بأنه « ما يوجد له مثل فى المتجر بدون تفاوت يعتد به ، ومنه العدديات التى لا يكون بين أفرادها

---

(١) خالف زفر فى اعتبار العددى مثليا يضمن مثله عند الاتلاف . ولذا قال ان العددى تضمن قيمته بالاتلاف لا مثله . واستدل على ذلك بأن العددى لم يثبت مماثلة آحاده بالنص ، بل ثبتت بالاجتهاد ولذا لايجرى فيه الربا بخلاف المكيل والموزون فان المثلية بين آحاده ثبتت بالنص . واذا كان العددى كذلك تعذر معرفة مثله قطعا . فيصار الى القيمة (راجع الزيلعى فى باب الغصب) .

تفاوت فى القيمة » ، وعرف القيمى بأنه « ما لا يوجد له مثل فى المتجر ، أو يوجد لكن بتفاوت فى القيمة ، ومنه المعدودات المتفاوتة التى بين أفرادها تفاوت فى القيمة »(١). وهذا التعريف لا يخلو من تسامح ، لأن أصناف الثياب لها مثيل فى الأسواق ، ويعينها الوصف ، بدليل جواز السلم فيها ، ومع ذلك لا تعد من المثليات ، بل تعد من القيميات ، ولو كان وجود نظير فى السوق كافيا لاعتبار المال مثليا ، لكانت هذه مثليات ،لأن لها نظيرا فى السوق اعتبره الشارع نظيرا ، ومع ذلك فهى قيمى(٢) ، يضمن متلفه قيمته لا مثله ، وقد علل الفقهاء اعتبارها قيميا (مع امكان تقديرها بالوصف تقديرا معينا) بأنها يضرها التبعيض ، ولأنها يضرها كانت القيمة هى الحكم فى معرفة مالية أبعاضها .

والمثليات منها نقود ، ومنها غير نقود ، فالدنانير والدراهم من المثليات ومثلها الجنيهات والنقود الفضية فى عصرنا الحاضر من المثليات ، وهذا النوع يسمى ثمنا ، وغيره يسمى مثمنا ، والنقود تمتاز من بين سائر الأموال بأنها معايير ومقاييس يقاس بها مقدار مالية الأشياء ، وما فيها مما يشبع حاجات الناس ، فالدراهم والدنانير ليس فيها نفع ذاتى قائم بها ، لأنها لا تشبع حاجة ، ولكنها ذرائع ووسائل(٣) ومقدرات المالية فى الأشياء المشبعة للحاجة .

ولأن النقود لا تشبع حاجة بنفسها ، ولا تنفع بذاتها ، بل تقاس بها مالية

---

(١) مادة ٣٠٥ من مرشد الحيران ، ومثل هذا التعريف جاء فى المجلة العدلية فى المادتين ١٤٥ و١٤٦ .

(٢) فى فتح القدير ، وحاشية الزيلعى ، وفى العناية فى باب السلم التصريح بأن الثياب قيمية لا مثلية فتضمن بقيمتها ، ولكن يجوز فيها السلم ؛ لامكان تعيينها بالوصف ، ولوجود نظير لها فى السوق . والثياب فى أزمان الاجتهاد كانت تصنع بالأيدى لا بالآلة ، فلم يكن التماثل بين آحادها وأجزائها تاما ، ولذا ضمنت بالقيمة . أما فى هذا العصر وهى تصنع بالآلة . والتماثل بين الآحاد تام يصح اعتبارها مثلية .

(٣) ولكن بمرور الأجيال ، وبما تعطيه لأصحابها من سلطان صارت هى غرضا مطلوبا ، وهدفا مقصودا ، وصار كثير من الناس يجد لذاذة نفسية فى ادخارها وجمعها ، وصارت كأن وجودها بين يديه يشبع حاجة ، ورغبة مستكنة ، وسبحان مقلب القلوب ! !

الأشياء كانت فى عقود المعاوضات أثمانا دائما ، ولا تتعين فى العقود بالتعيين (١) بالاشارة ، بل تعرف بالأوصاف ويجب أداء ما يشتمل على هـذه الأوصاف ، فكانت ثابتة دينا فى الذمة ، واذا كان عقد المعاوضة نقداً بنقد قال الفقهاء انه بيع دين بدين ، وسموه صرفا ، وكان دينا بدين ، لأن كلا العوضين من طبيعته ألا يعين بالتعيين ، بل يثبت بأوصافه فى الذمة .

أما بقية المثليات ، فقد تثبت بأوصافها ؛ فتكون دينا فى الذمة ، وقد تعين بالتعيين ، فلا تكون ديناً فى الذمة ، بل تثبت بأعيانها ، لا بأوصافها .

§ ٧ — ومهما يكن من فرق بين النقود وسائر المثليات ، فالمثليات كلها تمتاز عن القيميات بأنها تثبت ديناً فى الذمة ، اذ يمكن ثبوتهـا بأوصافها ، أما القيميات فلا تثبت إلا بأعيانها ، ولا يمكن أن تثبت بأوصافها (٢) .

ولكن ما الذمة التى تثبت فيها الديون ؟ قال الفقهاء انها أمر معنوى فرضى جعلوه محلا لاثبات العهود والديون ، ولذا عرفها صاحب البحر فى أول كتاب البيع بأنها أمر شرعى مقدر فى المحل يقبل الالزام والالتزام (٣) . وقال العز بن عبد السلام : هى معنى مقدر فى المحل يصلح للالزام ، والالتزام (٤) . والتعريفان متقاربان فى الألفاظ والمعانى ، ومرماهما أن الذمة ليست سوى أمر

---

(١) يستثنى من ذلك بعض العقود ، ومن ذلك الوديعة ، والقرض (راجع أصول فخر الاسلام للبزدوى) .

(٢) أرى أنه يقرب من المثليات فى هـذا المعنى المذروعات التى يجوز فيها السلم ، لأنها بصحة السلم فيها تصير دينا فى الذمة ، ولهذا كانت شبيهة بالمثلى فى هذا المعنى ، وان لم تكن مثليا فى نظر الفقهاء فى الجملة وفى كل الأحوال ، بل قد تكون مثليا فى بعض الأحوال فقط .

(٣) والذمة المالية فى القانون هى مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية ، فهى تتكون من عنصرين : عنصر ايجابى ، وهو مجموع الحقوق ، وعنصر سلبى ، وهو مجموع للالتزامات (راجع علم أصول القانون لأستاذنا السنهورى بك) وهذا التعريف فى جملته قريب من تعريف علماء الشريعة .

(٤) راجع حاشية الأشباه والنظائر وحاشيته الحموى .

معنوى فرضه الفقهاء لتحمل الواجبات ، ولزوم أدائها [١] .

٨ — وليست التفرقة بين القيميات والمثليات مقصورة على أن هـذه تثبت ديناً فى الذمة وتلك لا تثبت ، بل من الفروق بينهما أن القيمى يضمن بقيمته والمثلى يضمن بمثله ، فاذا تعدى شخص على مال غيره فأتلفه ، فان كان مثليا ضمن مثله ، وان كان قيميا ضمنـه قيمته ، وذلك لأنه بالتعدى كان واجبا أن يغرم للمعتدى عليه بما يرفع أثر الاعتداء ، ويميط عنه أذى الاتلاف ، وذلك يتحقق على وجهه الـكامل إذا عوضه بمثله ما أمـكن المثل ، فان تعـذر عليه أن يدفع اليه المثل وجبت القيمة ؛ لأنها المثل المالى القاصر . ولما كانت المثليات يمـكن تعويضها بأمثالها كان الواجب عند التعـدى عليها مثلها ، أما القيميات فتجب قيمتها لتعذر وجود مثل لهـا من غير تفاوت كبير ، فصرنا الى المثل المالى وهو القيمة . وعلى هذا أكثر الفقهاء [٢] .

وقال بعض من نفاة القياس ، انه عند التعدى تضمن القيمة مطلقا ؛ لأن حق التعدى عليه متعلق بعين الشىء المتلف وماليته وقد تعذر رد عينه لتلفها ، فوجبت المالية وهى قيمة الشىء ، إذ القيمة هى المعينة للمالية .

وقد لخص هـذا الموضوع الأزميرى فى حاشيته على مرآة الأصول فقال : « انما كان الضمان بالمثل كاملا . لأن الأصل فى ضمان العدوان هو الضمان بالمثل فى المثليات ، لأن حق المستحق ثابت من كل وجه ، فلا يصار الى المثل معنى فقط ، وهو القيمة الا عند الضرورة ، ولا ضرورة ههنا لوجود المثل . . وقال قوم من نفاة القياس : الواجب على الغاصب رد القيمة مطلقا ، لأن حق المالك فى العين والمالية معا ، وقد تعذرت العين فتجب المالية ، ومالية الشىء قيمته ، احتج عامة الفقهاء بقوله تعالى : « فمن اعتدى عليـكم فاعتدوا عليـه بمثل ما اعتدى

---

(١) سنبين الذمة والاختلاف فى شأنها عند الـكلام فى الأهلية .

(٢) قال المالـكية اذا أتلف شخص قيميا لآخر عوضه بقيمى من جنسه قيمته تساوى قيمة المتلف تحقيقا للمثلية ما أمـكن .

عليكم ، فانه صرح بالمثل ، والمتبادر هو المثل صورة ومعنى ؛ لأن المقصود بالضمان هو الجبر ، وذلك أتم فى المثل » [١] .

واذا انصرم المثلى وانقطع من الأسواق كأن يكون عدديا ، وانقطعت موارده فى الأسواق لعارض حرب أو نحوه ، وجبت قيمته ، لأن التعويض بالمثل ، وهو الأداء الكامل تعذر فيتحول الى القاصر ، لأنه الممكن ، ولا تكليف أكثر مما فى دائرة الامكان [٢] .

هذا و بين المثلى والقيمى فوارق كبيرة فى أحكام كثير من العقود ، كالقسمة والبيع وغيرها . ففى القسمة القيمى لا يقبل القسمة جبرا والمثلى يقبلها . وفى البيع المثلى يكون ثمنا ومحلا للسلم . والقيمى لايكون كذلك .

٩ — ولقد وجدنا فى ثنايا مواد القانون المدنى أحكاما للأشياء المقدرة بالكيل أو الوزن أو الذرع ، وأكثر ما تكون تلك الأحكام فى البيوع ، وأخص ما تمتاز به تلك المقدرات فى القانون المدنى أنها تجرى فيها المقاصة .

ولقد تعرض الأستاذ الدكتور السنهورى بك فى كتابه أصول القوانين لهذا التقسيم فقال : « القيمى ما لا تتعدد آحاده . مثل منزل وفرس معين ويتعين بالتسمية أو الوصف . والمثلى ما تعددت آحاده وقام بعضها مقام البعض الآخر مثل الغلال والقطن والثياب والبيض ، ويتعين إما بالكيل كالغلال ، أو بالوزن كالقطن أو بالذرع كالثياب ، أو بالعدد كالبيض .

وثمرة التقسيم تظهر فى وجوه مختلفة منها : (١) المقاصة ؛ فانها لا تكون إلا فى المثلى (٢) وهلاك المثليات تكون على المشترى بعد التعيين ، ولو قبل التسليم ،

---

(١) حاشية الأزميرى الجزء الأول فى باب الأمر .

(٢) قد اختلف فقهاء الحنفية أتعتبر قيمة المثلى المنصرم يوم وجب فى الذمة أم يوم انقطاعه عن الأسواق أم يوم الخصومة للحكم بالضمان والانقطاع . قال الأول أبو يوسف وقال الثانى محمد وقال الثالث أبو حنيفة ، ولكل وجهة .

أما هلاك القيميات فلا يكون على المشترى إلا بعد التسليم »[١] .

§ ١٠ — العقار والمنقول : تنقسم الأموال فى الشريعة إلى عقار ومنقول ، فالعقار ما لا يمكن نقله وتحويله . والمنقول كل مال يمكن نقله وتحويله ، ولو بتغيير صورته كالبناء والغراس ؛ ولذلك قرر الفقهاء أن العقار لا يشمل إلا الأرضين[٢] ، سواء أكانت أراضى للزراعة أم كانت للبناء أم لغير ذلك ، ويشمل المنقول ما عدا ذلك من الأموال ، غير أن من أنواع المنقول ما يأخذ حكم العقار تبعا له وهو البناء والغراس ، فهما يدخلان فى العقار تبعا فى بعض العقود والتصرفات الشرعية ، لأنهما متصلان به اتصال قرار وثبات ، ولا حاجة إلى النص عليهما ، لادخالهما فى ضمن ما يشمله العقد .

وفى مذهب مالك رضى الله عنه : العقار يشمل الغراس ويشمل البناء ؛ لأنهما متصلان بالأرض اتصال قرار[٣] ، ولأنهما ثابتان غير قابلين للانتقال وهما على شكلهما ، بل تتغير حالهما فيتحول الغراس إلى أحطاب ، والبناء إلى أنقاض ، وهذا الثبات يكفى فى اعتبارهما عقارا كالأرض .

ومذهب مالك قريب مما جاء به القانون المدنى الأهلى والمختلط والفرنسى ، وهذا نص ما جاء بالقانون الأهلى فى مواده الأولى والثانية والثالثة : « (١) تنقسم الأموال إلى ثابتة ومنقولة . (٢) الأموال الثابتة هى الحائزة لصفة الاستقرار سواء كان ذلك من أصل خلقتها ، أو بصنع صانع ، بحيث لا يمكن نقلها بدون أن يعتريها خلل أو تلف ، وكذلك الحقوق العينية المتعلقة بتلك الأموال (٣) ما عدا ذلك من الأموال يعد منقولا » .

وترى من هذا أن القانون المدنى يتقارب جدا فى نظره الى حقيقة العقار

---

(١) هذا ما ذكره الأستاذ الكبير ، والجزء الأول من ثمرات التقسيم لا خلاف فيه ، والثانى موضع نظر وتحقيق . فليراجع فى مصادره .

(٢) راجع فتح القدير فى الوقف الجزء الخامس .

(٣) راجع الشرح الكبير فى باب الشفعة .

والمنقول من مذهب مالك ، وان كان القانون يتوسع فى معنى العقار وحقوقه أكثر مما يتسع له مذهب ذلك الامام رضى الله عنه ، وسنشير الى ذلك فيما يأتى من آثار هذا التقسيم فى الشريعة والقانون .

§ ١١ — وقد كان لتقسيم الأموال إلى عقارات ومنقولات آثار فى الأحكام كثيرة ، جعلت لكل قسم أحكاما تختص به ، وتصرفات ترد عليه دون الآخر ، فالعقار يرد عليه من التصرفات ما لا يرد على المنقول ، ولبعض العقود فيه آثار ليست فى المنقولات ، نذكر من ذلك أمثله :

ا — فالشفعة مثلا لا تثبت أثر البيع الا فى العقار ، ولا تثبت فى المنقول الا اذا دخل فى العقار تبعا ، والا فى حق العلو مع حق السفل والعكس ولم تثبت الشفعة فى المنقول فى غير هذه الأحوال الا عند الامام مالك رضى الله عنه ، فقد أثبتها فى السفن [1] والثمار المتصلة بالأشجار وروى عنه مع الخلاف فيه الشفعة فى اجارة الأراضى الزراعية ودور السكنى والمساقاة [2] .

ومهما يكن من أمر هذه الأقوال فى ذلك المذهب ، فالجمهور من الفقهاء على أن الشفعة لا تكون الا فى العقار على وجه العموم ، والمنقول فى بعض أحوال قليلة جدا .

ب — أن العقار يصح وقفه باجماع الفقهاء الذين أفتوا بجواز الأوقاف ولزومها . أما المنقول فلا يصح وقفه إلا تبعا للعقار أو يكون قد ورد بصحة وقفه أثر ، أو يكون قد جرى به عرف مشهور على ما أفتى به الامام محمد رضى الله عنه .

وهذا كله فى مذهب الحنفية ، أما مذهب غيرهم من الأئمة ، فقد أجازوا فى الجملة وقف المنقول ، وان اختلفوا فيما بينهم ، ما بين مضيق وموسع .

ح — العقار اذا كان مبيعا صح التصرف فيه قبل قبضه عند الامام أبى

(١) قد أثبتها بعض الفقهاء فى المبركة فى كل شىء ما عدا المكيل والموزون ، وقد ذكر هذا القول فى بداية المجتهد ونهاية المبتدىء فقد جاء فيه : « وحكى عن قوم أن الشفعة فى كل شىء ما عدا المكيل والموزون » .

(٢) راجع بداية المجتهد ونهاية المبتدىء .

حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما وخالفهما محمد والشافعي رضي الله عنهما ، ومنعا التصرف فيه قبل القبض ، وأما المنقول فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، حتى على مذهب الامام وصاحبه ، لأنه قبل القبض على خطر الهلاك ، واذا هلك بطل البيع الذى كان أساسا لذلك التصرف ، فكان هذا التصرف محتملا للبطلان ، فكان من الاحتياط الانتظار الى حين القبض ، صونا للعقود عن البطلان ، وابعادا للتصرفات عن احتمال الالغاء .

د — عند بيع القاضى أموال المدين (على قول من يجيز ذلك البيع من الأئمة) يبتدأ فى البيع بالمنقول ، فان لم يف بالدين ينتقل الى العقار ، ويبتدأ من المنقول بما يخشى عليه التلف ثم بما يكون معداً للربح والكسب كعروض التجار . ثم يكون البيع فى سائر المنقولات .

هـ — ليس للوصى بيع عقار المحجور عليه لصغر أو عته أو سفه أو جنون إلا عند وجود حاجة دافعة كايفاء دين ، أو لمصلحة راجحة ، أو اضطرار كنزع الملك فى سبيل المنافع العامة [1] ، وأما المنقول فبيعه سائغ من غير قيد إلا قيدا واحدا ، وهو أن يكون للنظر والمصلحة وقد وكل الأمر فى ذلك الى نظر الوصى وحسن تقديره .

و — وحقوق الارتفاق والجوار لا تتعلق بالمنقول ، بل تتعلق بالعقار على ما سنبين ان شاء الله تعالى .

١٢ — وقد كان لتقسيم الأموال الى ثابتة ومنقولة آثار فى القانون المدنى واسعة النطاق ، نذكر منها قليلا :

١ — فالعقار من حيث انتقال الملكية لا ينتقل الا بالتسجيل ، بينما المنقول لا يحتاج فى نقل ملكيته سواء أكان بهبة أم ببيع الى تسجيل .

٢ — والعقار لا تثبت بوضع اليد عليه بسند وبحسن نية — الملكية فيه الا بعد مضى خمس سنوات بينما المنقول تثبت الملكية فيه بوضع اليد فى الحال

---

(١) راجع كتاب المعاملات لأستاذنا الجليل الأستاذ الشيخ احمد ابراهيم بك .

الا فى حالة السرقة أو الضياع [١] .

٣ — والرهن التأمينى وحق الاختصاص لا يكونان إلا فى العقار ولا يكونان فى المنقول [٢] .

٤ — ومن جهة قانون المرافعات نرى ثمة تفرقة بين العقار والمنقول ، فاذا كان موضوع النزاع عقارا أو أمرا متعلقا به كانت المحكمة المختصة هى المحكمة التى فى دائرتها ذلك العقار ، أما فى المنقول فكانه لا يعين الاختصاص . ودعاوى رفع التعرض واسترداد الحيازة ، ووقف العمل الجديد تتعلق بالعقار دون المنقول [٣] . .

وثمة ثمرات كثيرة لتقسيم الأموال الى عقار ومنقول ، نكتفى بما ذكرناه ليكون دليلا على ما لم نذكره .

١٣ — هذه وغيرها من ثمرات التقسيم الى عقار ومنقول فى القانون ، غير أن العقار فى القانون أعم وأشمل منه فى الشريعة ، ويلحق به فى أحكامه فى القانون ما لا يلحق به فى نظر الشريعة . فالعقار فى القانون يشمل :

١ — الأموال الثابتة بطبيعتها ، وهى الأراضى كالبرك والمستنقعات والمعادن قبل استخراجها ، والأحجار قبل قطعها . ومن هذا القسم الأشجار المغروسة التى لم تنفصل عن الأرض [٤] ، والنبات « ويشترط فى النبات المعتبر ثابتا أن تمتد جذوره فى الأرض فلا يعتبر مالا ثابتا النبات الذى ينمو فى الأوعية ويعتبر النبات عقارا بطبيعته ، وإن كان زرعه فى الأرض مؤقتا . . ولا فرق فى اعتبار النبات

---

(١) مادة ٧٦ و ٨٦ راجع فى هذا كتاب الأموال للأستاذ الكبير الدكتور محمد كامل مرسى بك .

(٢) راجع كتاب الأموال .

(٣) راجع كتاب الأموال للأستاذ الجليل كامل مرسى بك .

(٤) راجع شرح القانون المدنى للمرحوم فتحى زغلول باشا .

عقارا بين كون الزارع هو مالك الأرض أو مستأجرها » [١] واذا قطع النبات انفصلت عنه صفة الثبات ، وصار منقولا .

ب — المال الذى ينال صفة الثبات بصنع الانسان ، وهو كل منقول جعله الانسان بصفة ثابتة أو مزجه بالأرض حتى صار متصلا بها ، فيتحول بهذا الصنع الى عقار ، ومن ذلك الطواحين والسواقى ، ومجارى المياه [٢] .

حـ — الحقوق المتعلقة بالعقار مباشرة كالرهن والامتياز والارتفاق والحيازة والاستعمال والسكنى [٣] .

د — ما يلحق بالأموال الثابتة من كل منقول خصص لخدمة العقار ، ويشمل هذا القسم نوعين أحدهما الماشية وآلات الزراعة المخصصة بها المملوكة لصاحب الأرض ، وثانيهما آلات المعامل ان كانت ملكا لصاحب المعمل ، وهذه المنقولات لا تلحق بالعقار الا فى حال واحدة وهى حال الحجز عليها ، فانه لا يجوز الحجز عليها منفردة عن العقار المخصصة له [٤] .

١٤ — هذا سرد موجز لما تشمله كلمة العقار فى القانون ، وما يلحق به ، واذا كان لنا أن نبدي رأينا فى القانون والشريعة بالنسبة للعقار والمنقول ، ونوازن بينهما فى هذا ، فلا شك أنا نرى رأى القانونيين فى اعتبار كل مال يصير ثابتا بصنع الانسان ، ويمزج بالأرض مزجا يعطيه صفة القرار والثبات — من نوع العقار ، لا من نوع المنقول ، وذلك هو نظر المالكية فهم يعتبرون كل ما يتصل بالأرض اتصال قرار وثبات كالبناء والغراس من العقار ، ويعطونه كل أحكامه .

---

(١) راجع كتاب الأموال للأستاذ الجليل كامل مرسى بك .
(٢) شرح القانون المدنى .
(٣) شرح القانون المدنى .
(٤) شرح القانون المدنى .

العلاقة بين الانسان والمال

§ ١٥ — ذكرنا أن المال لا يعتبر مالا الا بتمول الناس له ؛ لذلك كانت علاقته بالانسان هي التي تعطيه خواصه المالية والشرعية ، ولقد قرر الشارع الاسلامى تلك العلاقة ، ورتب عليها ثمراتها ونتائجها ، وتلك العلاقة المقررة فى الاسلام ككل الشرائع هى الملك ، وهو معنى نسبى يفرض لتعيين النسبة بين المال والانسان ، كالأبوة والبنوة ، والتقدم والتأخر ، فكل هذه أمور نسبية لتعيين النسب بين الأشياء والأشخاص ، فالأبوة والبنوة لتعيين النسبة بين الانسان ومن نشأ منه ، كذلك الملك هو معين للنسبة بين الانسان والمال ، الانسان مالك والمال مملوك .

وقد عرف الفقهاء الملك بتعريفات كثيرة تتقارب فى مرماها ، وان اختلفت فى مبناها ؛ فعرفه كمال الدين بن الهمام فى فتح القدير بأنه القدرة على التصرف ابتداء الا لمانع . ومعنى هذا التعريف الموجز أن الملك قدرة الشخص التى لايستمدها من غيره على التصرف الا لمانع يمنعه من التصرفات ، فالذى يملك التصرف بالنيابة عن غيره فى شىء لا يعتبر مالكا ؛ لأنه لا يقدر على التصرف ابتداء ومن ذات نفسه ، بل يقدر عليه بقدرة غيره ، ومن ملك التصرف ، ولكن أهليته للتصرفات ليست كاملة أو معدومة ، يعتبر مالكا ، وإن حرم من التصرفات لذلك المانع العارض ، لأن العبرة فى وجود الملك بوجود القدرة الأصلية المسوغة للتصرف عند الخلو من الموانع الناشئة من فقد الأهلية أو نقصانها .

وعرف المقدسى فى الحاوى الملك بأنه الاختصاص الحاجز ؛ ومعنى ذلك التعريف أن الملك هو الاختصاص بالشىء المانع لغيره من الانتفاع به أو التصرف فيه الا عن طريقه و بسببه ، وهذا التعريف لو اتصل بالأول ، وكمل أحدهما الآخر لنتج عنهما تعريف قويم ، لأن الاختصاص آثاره ثابتة فى القدرة على التصرف ابتداء ، فالتعريف الذى نكونه من الاثنين يكون هكذا : الملك هو الاختصاص

بالأشياء الحاجز للغير عنها شرعا ، الذى به تكون القدرة على التصرف فى الأشياء ابتداء الا المانع يتعلق بأهلية الشخص .

١٦ — وقد وجدنا تعريفا قيما للملك فى كتب المالكية نذكره تتميما للمقام ، وتوضيحا للمراد ، فقد جاء فى كتاب الفروق للقرافى وحاشيته ومهذبه « ان الملك هو تمكن الانسان شرعا بنفسه أو بنيابة عنه من الانتفاع بالعين ، ومن أخذ العوض ، أو تمكنه من الانتفاع خاصة » .

وهذا تعريف واضح ، فهو يبين أن الملك هو التمكن من الانتفاع ، ولكن ذلك التمكن لا يكون الا بسلطان من الشارع ، فالشارع فى الحقيقة هو الذى أعطى الانسان الملك بترتيبه على السبب الشرعى ، ولذا جاء فى بعض التعريفات « ان الملك حكم شرعى ، مقدر فى العين أو المنفعة يقتضى تمكين من يضاف اليه من انتفاعه بالشىء وأخذ العوض عنه » [(١)] .

وهذا المعنى ، وهو أن الملكية لا تثبت الا باثبات الشارع وتقريره أمر متفق عليه بين فقهاء الاسلام ؛ لأن الحقوق كلها ، ومنها حق الملكية لا تثبت الا باثبات الشارع لها ، وتقريره لأسبابها ، فالحق ليس ناشئا عن طبائع الأشياء ولكنه ناشىء عن اذن الشارع ، وجعله السبب منتجا لمسببه شرعا [(٢)] .

وهذه التعريفات مهما تختلف عباراتها كلها يرمى الى معنى واحد وهو أن الملك أو الملكية هو العلاقة التى أقرها الشارع بين الانسان والمال ، وجعله مختصا به بحيث يتمكن من الانتفاع به بكل الطرق السائغة له شرعا ، وفى الحدود التى بينها الشرع الحكيم .

١٧ — ولا نريد أن نترك هذا المقام من غير أن نتصدى لنقطة أثارها بعض فقهاء المالكية فى فلسفة الملك وهى : أيرد الملك على الأعيان ، أم يرد على

---

(١) الفروق للقرافى : الفرق المتمم للثمانين بعد المائة .

(٢) راجع ما كتبه أستاذنا الشيخ احمد ابراهيم بك فى هـذا المقام فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة .

المنافع فقط ، و يعنون بذلك أمن ملك عينا يملك ماهيتها وذاتها ومنفعتها أم يملك منفعتها فقط ، أما الذات فليست تحت سلطان الانسان ، ولا تقع فى مكنته ؟ الظاهر الذى يرى بادى الرأى أن الملك يقع على الأعيان اذا كانت الأسباب الشرعيــة للملك تقتضى امتلاك العين ، و يقع على المنافع اذا كانت الأسباب الشرعية تقصره عليها . ولـكن فقهاء المالـكية اختلفوا فى ذلك ، ففريق منهم قالوا ان الملك ومعناه القــدرة على التصرف لا يتجاوز المنافع ويعدوها الى جواهر الأشياء وذواتها ، لأن التصرف لا يقع على الذوات ، ولـكن يقع على المنافع وعلى أعراض الذات وأحوالها ، فلا يمس جوهرها وماهيتها ، لأن التصرف على ماهيتها يكون بالاحياء أو بالافناء ، وذلك ليس فى قدرة الانسان ، انما التصرف الذى فى قدرة الانسان هو ما حصر فى دائرة المنافع وانتقال العين من يد الى يد ، وتلك لا تمس الذات فى شيء من المساس . ويفرقون بين الأسباب التى تبيح الانتفاع فقط ، والأسباب التى تعطى القدرة على التصرفات كلها بأن هذه كالبيع والهبة ونحوها تعطى القدرة على منافع العين الى غير زمن محـدود ولا تلزم برد العين ، وأما الأخرى كالاجارة والاعارة والوصية بالمنافع فانها تعطى ملك المنافع الى زمن محـدود طال أو قصر وبعدها ترد الأعيان الى مالـكى المنفعة ملـكا مطلقا ، وكأن المرمى فى هذا أن أسباب الملك إما أن تعطى ملك المنافع مطلقا غير مقيد ، فتـكون بيعاً أو هبة أو ميراثاً ، وإما أن تعطيه مقيداً بزمن ، وترد العين بعده . ويسمى التصرف إجارة أو إعارة أو وصية بالمنافع .

والحنفية (كما تدل على ذلك ظواهر عبارات الـكتاب والفقهاء) على أن الملك يقع على العين فى التمليـكات المطلقة ويقع على المنفعة فى العقود التى تفيد ملـكية المنفعة فقط ، وليست ثمة حاجة الى الفلسفة التى أثارها المازرى من فقهاء المالـكية ؛ لأن ذلك كله أمور فرضية اعتبارية ولا جداء فى هذا الخلاف .

قابلية الأموال للملك والتمليك

§ ١٨ — الأموال بطبيعتها قابلة للملك والتمليك ، لأنهما الثمرة الأولى

لاعتبار الأشياء أموالا ، والنتيجة الطبيعية للاحراز الذى هو من خواص المـال غير المباح المميزة له عما عداه من الأشياء ، وان الاحراز بمعناه الدقيق ان طرأ على المباح كان هو الاختصاص الحاجز المانع لغير المحرز من الانتفاع ، وقد علمت مما سبق أن القدسى يعرف الملك بأنه هو هـذا الاختصاص ؛ فاذا كان الاحراز من خواص المال غير المباح وصفاته الملازمة له ، وكانت العلاقة بين الاحراز والملك هو ذلك التلازم كان علينا أن نقول حتما ان المال قابل للملك بطبيعته وذاته ، وخاصته . غير أنه قد يعرض لبعض الأموال ما يجعلها مخصصة لجهة من جهات الانتفاع ، فيمتنع ورود التصرفات التى تثبت الملكية لآحاد الناس عليها ، وتصير بذلك التخصيص غير قابلة للتمليك فى كل الأحوال أو فى بعض الأحوال . وتشمل تلك نوعين من الأموال : أحـدهما ماخصص للمنافع العامة كالأماكن المعـدة لحفظ البـلاد وحمايتها كالقلاع والحصون والمرافىء ، ومثلها الطرقات العامة والقناطر والجسور المعدة لاجتياز عامة الناس . فهذه الأموال لاتقبل التمليك مطلقا ما دامت مخصصة لمنفعة الـكافة[1] ، فان زالت عنها تلك الصفة عادت الى حالها الأصلية ، وهى قابليتها للملك والتمليك باطلاق .

(ثانيهما) أموال تقبل التمليك فى بعض الأحوال وذلك عند وجود مسوغ شرعى من ضرورة ملجئة للتمليك ، أو حاجة ماسـة دافعة اليـه ، أو مصلحة راجحة . وتلك الأموال هى العقارات الموقوفة وأموال بيت المـال ، فان كليهما لايسوغ تمليكه الا فى الأحوال التى ذكرنا على ماهو مبين فى مواضعه فى كتب الفقه .

وغير هذين النوعين من الأموال قابل للملك والتمليك باطلاق من تقييد .

الملكية التامة والناقصة

§ ١٩ — الملك التام هو الملك الواقع على ذات العين ومنافعها .

---

(١) راجع مرشد الحيران وكتاب المعاملات المالية لأستاذنا الجليل الشيخ احمد ابراهيم بك والفروق للقرافى .

(١) وهو يعطى المالك حق التصرف فى العين ومنافعها بكل التصرفات السائغة شرعا من بيع وهبة وإجارة وإعارة ووصية ووقف ، وغير ذلك من التصرفات التى تسيغها الشريعة الاسلامية ، ولا تتنافى فى أحكامها مع مبادئها وقواعدها .

(٢) ويعطيه أيضا حق الانتفاع كاملا غير مقيد بوجه من وجوه الانتفاع ، ولا بزمن ، ولا بمال ولا بمكان ، فهو يستغل العين ويستعملها من غير قيد ولا شرط ؛ لأنه لا سلطان فى العين ولا منفعتها لأحد سواه . ولا قيد يقيد الانتفاع الا قيد واحد وهو ألا يكون الانتفاع محرما دينا وشرعا ، بأن يكون قد ورد فيه نهى عن صاحب الشرع الشريف ، والدين الحنيف .

(٣) والملك التام ليس له زمن محدود ، ووقت معلوم ينتهى عنده ، بل إنه لا يقبل التقييد بالزمان ، ولا يقبل التقييد بالشروط ؛ فهو إذن مطلق لا يقيد بزمان ولا مكان ولا شرط ، ولذلك كانت العقود التى تفيد التمليك ملكا تاما لا تقبل تقييد الملك ، وكل شرط فيه تقييد له يكون منافيا لمقتضاها ، غير ملائم لمعناها ، ولا ينتهى الملك التام الا بانتقاله لغيره بتصرف شرعى ناقل للملك ، أو بالميراث ، أو تهلك العين الواقع عليها الملك .

(٤) والمالك ملكا تاما اذا أتلف العين المملوكة له لا يضمن مثلها ، ولا قيمتها ؛ لأنه لا فائدة من هذا الضمان ؛ إذ أنه ان ضمن يضمن لنفسه ، فكأن يده اليمنى تعطى يده اليسرى ، وذلك لا معنى له ؛ لأنه لا يقع فى هذه الحال غرم ولا غارم . وليس معنى ذلك أنه يعفى من كل تبعة لاتلافه ، بل انه مسئول دينا عما أضاع ، وقد يستحق التعزير على عمله ، وقد يؤدى عمله الى إثبات سفهه أو نقصان عقله ، فيمنع من التصرف فى ماله ، ويتولاه عنه غيره . هذه الأمور الأربعة هى من خواص الملك التام ، نكتفى فى ذكرها بالايجاز بدل الاطناب .

§ ٢٠ — والملك الناقص هو ملك أحد الأمرين لا يعدوه ملك لرقبة وحدها من غير منافعها أو ملك المنفعة وحدها من غير الرقبة ؛ فهو واقع اما على الرقبة وحدها ، وإما على المنفعة وحدها .

وملك الرقبة وحدها من غير ملك المنفعة يثبت فى صورتين ، كلتاهما فى الوصية .

(الصورة الأولى) إذا أوصى المالك بمنفعة عين لشخص بعد موته سواء أكان ذلك لأمد معلوم له نهاية معلومة ، أم مدة حياة الموصى له ، فانه فى مدة حياة الموصى له أو مدة انتفاعه المعينة يكون هو مالكا للمنفعة ، وليس للورثة الا الرقبة وحدها .

(الصورة الثانية) اذا أوصى المالك لشخص بمنفعة العين ، ولآخر برقبتها ، فان الموصى له بالرقبة يكون مالكا للرقبة وحدها ، فى مدة انتفاع الموصى له بالمنفعة سواء أكانت لها نهاية معلومة أم تنتهى بالموت .

وفى هاتين الصورتين يكون ملك الرقبة مؤقتا محدودا بملكية الآخر للمنفعة ، فاذا انتهى ملك المنفعة إما بموته أو بانتهاء مدتها عادت المنفعة الى مالك الرقبة ، وتصير المنافع والرقبة ملكا لصاحب الرقبة ، فيصير ملكه ملكا تاما ؛ واذن فملكية الرقبة تنتهى دائما بملك تام .

٢١ — والأصل فى ملك الرقبة وحدها هو جواز الوصية بالمنافع منفردة عن الرقبة وذلك جائز فى مذهب أبى حنيفة وأصحابه وأكثر الأئمة ، وخالف فيه ابن أبى ليلى ، فهو لا يجيز الوصية بالمنافع منفصلة عن أعيانها ، واستدل على ذلك بدليلين — أحدهما — أن الوصية بالمنافع وصية بما يصير ملك الوارث ؛ لأن الوصية عقد لا يظهر أثره الا بعد موت الموصى ، وبعد موته تصير الرقبة ملك الورثة والمنفعة تابعة للرقبة ملازمة لها ؛ لا تنفصل عنها ، فمن ملك الرقبة ملكها ، فاذا أوصى بها لانسان كان ذلك ايصاء بشىء هو فى ملك وارثه عند تنفيذ الوصية ، وتقرير حكمها ، وظهور أثرها ، وذلك لا يجوز فى الشريعة .

ثانيهما — أن الوصية بالمنافع لا تجوز الا على اعتبار أنها تشبه الاعارة لأن كلتيهما تمليك للمنافع بغير عوض ، فالمسوغ الوحيد لاجازتها هو هذا التشابه وهو مسوغ يؤدى الى بطلان الوصية بالمنافع ، ويأتى عليها بالنقض ، فان الاعارة

تبطل بموت المعير ، ولا تثبت بعد موته ساعة من زمان ، واذن فهذا المسوغ لا يصح أن يكون مجيزا للوصية بالمنافع ، ولا يستطيع أحد أن يفرض مسوغا سواه [1] .

وقد استدل الحنفية وغيرهم على جواز الوصية بالمنافع منفردة عن الرقبة بأن المنافع يعقد عليها فى عقود الاجارة والاعارة وغيرهما ، ولا شك أن الوصية أوسع قبولا ، ولذا صح أن يكون المعقود عليه فيها غير موجود عند العقد ، وصح العقد فيها مع التعليق والاضافة ، فاذا جاز أن تكون المنافع محلا للعقد فى العقود الضيقة النطاق التى يبطلها التعليق ، فبالأولى تجوز فى الوصية وهى من أوسع العقود شمولا ، وأكثرها قبولا للشروط .

وردوا دليلى ابن أبى ليلى بأن الوصية بالمنافع تجعلها ملكا مقصودا ، فاذا مات الموصى تصل الى الموصى له فى الوقت الذى تصل فيه الرقبة الى الوارث ؛ لأن كلتيهما تنال الملك بالخلافة عن المورث ، فتصل الرقبة الى الوارث منفصلة عن منافعها ، ولا يوجد ما يحد ارادة الموصى فى الوصية ؛ لأنه ما دام يملك الوصية بثلث ما يملك ، فله الوصية بالمنافع وحدها أو بها مع العين ولا دليل على التقييد والمنع ، بل انه ما دام يملك الوصية بالمنافع والذوات ، فبالأولى يملك الوصية بأحدهما ، فاذا أفرد المنافع بالوصية فقد فعل ما هو من ولايته .

وردوا الدليل الثانى بأن الوصية بالمنافع شابهت الاعارة فى أن كلتيهما تمليك بغير عوض ، فكان ذلك مسوغا لجواز هذا النوع من الوصايا لهذا المعنى الجامع بينه و بين الاعارة ، وليس معنى ذلك أن يكونا متشابهين من كل الوجوه ، و إلا كانا عقدا واحدا ، فلا بد اذن أن يختلفا فى بعض مشخصاتهما ، فالوصية تكون بعد الموت ، والعارية تكون حال الحياة ، وليس كون الوصية بعد الموت بمانع أن يسرى عليها الجواز الذى سرى على العارية المشابهة لها ، لأن للانسان أن يتصرف فى ثلث ما يملك بعد الوفاة .

هذه أدلة الفريقين سقناها توضيحا للفكرة ، وتثبيتا لها ، ولكى يكون

---

(١) راجع فى هذا البدائع الجزء السابع .

القارىء على المام بلب الفقه ومعناه ؛ فلب الفقه الاستدلال ورد الفروع الى أصولها .

§ ٢٢ — وملك الانتفاع وحده من غير ملك الرقبة يشمل نوعين من الحقوق ملك المنفعة وحق الانتفاع ، وقد عقدت كتب المالكية والشافعية فصلا للتفريق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ، وأحسن ما قيل فيه ما قاله القرافى فى كتابه الفروق وخلاصته أن حق الانتفاع هو الاذن للشخص فى أن يباشر هو الانتفاع بنفسه فقط كالاذن فى الجلوس فى المدارس والمساجد ، والأسواق والبيات فى المضايف ، ونحو ذلك فمن أذن له فى ذلك أن ينتفع بنفسه فقط ، ويمتنع فى حقه أن يؤجر أو يعاوض بطريق من طرق المعاوضات أو يسكن غيره فى بيت من دار الضيافة .

وتمليك المنفعة أن يكون لشخص الحق فى أن يباشر الانتفاع هو بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالاجارة ، أو بغير عوض كالعارية ، كمن استأجر دارا فله أن يؤجرها لغيره أو يعيرها ، وفى الجملة له أن يتصرف فى هذه المنفعة تصرف الملاك فى أملاكهم بالوجه الذى قيدت به أحكام العقد الذى استحقت بمقتضاه المنفعة .

وعلى ذلك نقول ان حق الانتفاع يثبت بأحد سببين (أحدهما) أن تكون الأعيان المنتفع بها مخصصة لمنفعة الكافة ، ولا يملكها واحد من الناس ، كالأنهر والترع التى تشقها الدولة ، والطرق غير المملوكة ، وكذلك ما خصصته الدولة لمنفعة فريق من الناس لاحظت فيهم شروطا يجب أن تتحقق كالمدارس ، والمصحات وغير ذلك ، فما يتعلق بهذه الأعيان من الحقوق انما هو من قبيل حق الانتفاع لا من قبيل ملك المنفعة .

(ثانيهما) الاباحة [1] فانها تعطى للمباح له حق الانتفاع ، ولا تعطيه

---

(١) الاباحة أن يأذن شخص فى الانتفاع بماله أو امتلاكه لا على وجه التعاقد ، ولايشترط أن يكون المأذون له بالانتفاع أو الامتلاك معلوما بشخصه أو اسمه ، ومثال ذلك الضيافة العامة والخاصة ، ونثر النقود فى العرس (راجع هامش كتاب المعاملات الشرعية المالية لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد ابراهيم بك) .

ملك المنفعة ، فليس له أن يملك المنفعة لغيره بعوض أو بغير عوض ، كمن يخصص دارا له لايواء من انقطع بهم الطريق ، ولا مكان يأوون اليه ، فان المنتفعين بهذه الدار لهم حق الانتفاع فقط ، اذ لا يملكون أن يملكوا غيرهم منفعة بعوض أو بغير عوض .

§ ٢٣ — أما ملك المنفعة فيستفاد بأسباب أربعة ، وهى : الوقف ، والوصية ، والاجارة ، والاعارة .

ا — والاعارة لا تسيغ للمنتفع أن ينتفع بطريق الاستغلال بأن يؤجر العين لغيره ، وينال الأجرة ، وذلك لأن من ملك المنافع بغير عوض لا يصح أن يملكها غيره بعوض ، ولأن الاعارة عقد غير لازم ، والاجارة عقد لازم ، فاذا ملك المستعير الاجارة اما أن نقول ان اجارته لازمة ، وعلى ذلك تكون الاعارة أيضا لازمة ؛ لأنها مبنية عليها ، وذلك تغيير لوصفها الشرعى وأثرها الذى اعتبره الشارع مقتضى لها ، واما أن تكون اجارة المستعير غير لازمة ، لأنها بنيت على عقد غير لازم ، وذلك أيضا تغيير لوصف الاجارة الشرعى ، ومقتضاها الذى جعله الشارع أثرا لها ، فالاجارة من المستعير اذن تؤدى حتما الى أحد أمرين كلاهما غير موافق لوصف أحد العقدين ومقتضاه [١] .

وهذا الحكم هو مذهب الحنفية والشافعى ، وأما مذهب مالك رضى الله عنه فهو أن من استعار عينا ، فقد ملك منفعتها ، واذا ملك منفعتها فله الحرية والسلطة المطلقة فى التصرف فيها فى مدة العارية بشرط ألا يضر بالعين ، وعلى ذلك يكون له أن يعير العين وأن يؤجرها [٢] .

ب — والاجارة تسوغ لمن ملك المنفعة بمقتضاها أن ينتفع بنفسه ، وأن ينتفع بطريق الاستغلال ، فله أن يؤجر العين ، ويأخذ أجرتها بشرط ألا تكون

---

(١) راجع الأشباه والنظائر .

(٢) راجع الفروق للقرافى الجزء الأول . وقد جاء فى تهذيب الفروق : « من شهدت له العادة فى العارية بمدة كانت له تلك المنفعة ملكا على الاطلاق يتصرف كما يشاء بجميع الأنواع السائغة فى التصرف فى المنفعة فى تلك المدة ، ويكون تمليك هذه المنفعة كتمليك الرقاب » .

المنفعة المعينة فى العقد مما يختلف باختلاف المنتفعين ، فاذا كانت مما يختلف باختلاف المنتفعين ، ولم يجز المؤجر للمنتفع أن يؤجرها لغيره أو يعيرها ، فليس له أن يؤجر أو يعير ، لأنه ان فعل يكون قد فعل غير المتفق عليه ، وهو المنفعة المعلومة فى العقد ، ولا شك أن الاجارة لا تعطى من المنافع إلا النوع المتفق عليه ، فتمليك المنفعة التى تختلف باختلاف المنتفعين من غير اجازة المالك سواء أكان بعوض أم بغير عوض — تمليك غير المتفق عليه أو تمليك ما لا يملك ، وذلك لا يسوغ ولا يجوز من غير اذن المالك .

ج — وأما الوقف والوصية فللمنتفع بسببهما أن ينتفع بالاستغلال أو بالاستعمال ان نص عند انشائهما على أن له أن ينتفع كيف شاء ، وان نص على واحد منهما ومنع من الآخر كأن ينص على الاستعمال ، ويمنع بالنص من الآخر ، أو العكس ، فليس له الا ما نص عليه ، لأن الشروط التى يذكرها الواقفون أو الموصون فى الوقف أو الوصية هى التى تنظم طريق الانتفاع ، و بمقتضاها يتمكن المنتفع منه ، ولذا ورد على أقلام الفقهاء شرط الواقف كنص الشارع ، وذلك كلام سائغ فيما أعطاه الشارع له من حقوق فى الوقف ، ومثل ذلك الوصية .

وان نص على الاستغلال وسكت عن الاستعمال من غير اجازة أو منع ، فقد اختلف فقهاء الحنفية ، ففريق قال انه يملك الاستعمال والاستغلال ؛ لأن من ملك أن يملك المنفعة لغيره بعوض يملكها بالأولى لنفسه ، وليس الاستغلال إلا بأن يملك المنافع لغيره بعوض ، ولأنه لا فرق بين استعماله واستعمال غيره ، بل ان استعماله مظنة الرفق بالعين ، والرعاية لها والمحافظة عليها .

وقال فريق آخر وهم الأكثرون عددا ان من ملك الاستغلال لا يملك الاستعمال ما دام لم ينص عليه ؛ لأن المنتفع يستمد هذا الحق من نص الواقف أو الموصى ، والذى نص عليه هو الاستغلال فقط ، والاستغلال والاستعمال أمران متغايران ، ووجهان من أوجه الانتفاع متباينان ، فالنص على أحدهما لا يقتضى اجازة الآخر .

ومثل النص على الاستغلال من غير نص على الاستعمال فى الحكم الحال التى

يطلق فيها الواقف أو الموصى فلا يذكر استغلالا أو استعمالا ، فانه ينصرف الاطلاق الى الاستغلال ، وكأنه نص عليه من غير ذكر الآخر ، وذلك مبنى على قاعدة أصولية ، وهى أن المطلق ينصرف الى الفرد الكامل ، وكأنه ذكره ، فى هـذه الحال قد ذكر فى الوصية والوقف الانتفاع مطلقا من غير نص على أحد فردى الانتفاع وهما الاستعمال والاستغلال ولا شك أن الاستغلال أكمل من الاستعمال ؛ لأنه أوسع نطاقا فى التصرفات ؛ فينصرف اطلاق الانتفاع اليه .

واذا نص الواقف أو الموصى على الاستعمال فقط ، ولم يتعرض للاستغلال باجازة أو منع ، فان فقهاء الحنفية مجمعون على أنه لا ينتفع إلا بطريق الاستعمال ، ولا يسوغ له الاستغلال ؛ لأن من ملك حق الاستعمال بمقتضى الوقف أو الوصية قد ملكه بغير بدل فلا يملكه غيره ببدل ؛ والاستغلال يقتضى ذلك ، فهو اذن لا يجوز ، لأن الملك ببـدل أقوى من الملك من غير بدل ، ومن ملك الأضعف لا يملك الأقوى .

٢٤ — والوقف فى مذهب مالك ان كان على السكنى كان معطيا حقـا الانتفاع للمستحق ، ولا يكون مملكا للمنفعة ، واذن يكون المنتفع أن ينتفع بنفسه فقط وليس له أن يعير المنفعة لغيره فضلا عن أنه ليس له الاستغلال بوجـه من الوجوه ، وهذا نص ما جاء فى الفروق للقراق : « واذا وقف وقفا على أن يسكن أو على السكنى ولم يزد على ذلك فظاهر اللفظ يقتضى أن الواقف انما ملك للموقوف عليـه الانتفاع بالسكنى دون المنفعة ، فليس له أن يؤجره غيره ، ولا يسكنه ، وكذلك اذا صدرت صيغة تحتمل تمليك الانتفاع أو تمليك المنفعة ، وشككنا فى تناولها للمنفعة قصرنا الوقف على أدنى الرتب ، وهى تمليك الانتفاع دون المنفعة ، فان قال فى لفظ : « ينتفع بالعين الموقوفة بجميع أنواع الانتفاع » ، فهذا تصريح بتمليك المنفعة ، أو يحصل من القرائن ما يقوم مقام هذا التصريح من الأمور العادية أو الحالية ، فانا نقضى بمقتضى تلك القرائن ، ومتى حصل الشك وجب القصر على أدنى الرتب ؛ لأن الأصل بقاء الأملاك على ملك أربابها ، والنقل والانتقال على

خـلاف الأصل ، فمتى شككنا فى رتب الانتقال حملناه على أدنى الرتب ابقـاء للأصل ، وعلى هذه القاعدة مسائل فى المذهب » ، وظاهر من هذه العبارات ، وعموم الأصـل الذى انبنت عليه تكون أحكام الوصـية كأحكام الوقف ، وخلاصة القول فى ذلك أن عبارة الواقف أو الموصى إن أفادت بنصها أو بالقرائن اللفظية الحالية أنها ملك المنفعة كان للمنتفع الاستعمال والاستغلال ، وان أفادت ملك الانتفاع كان له الاستعمال دون الاستغلال ، وان كانت العبارة تحتمل أحد الأمرين حملت على أدنى رتب الانتفـاع ، وهى حق الانتفاع فقط ، فيكون له الاستعمال دون الاستغلال .

وفى مذهب الشافعى وأحمـد بن حنبل رضى الله عنهما الوقف والوصـية يملك المنتفع بسببهما المنفعة لا حق الانتفاع ؛ الا اذا نص على أن المنتفع له حق الانتفاع فقط أو دلت قرائن الأحوال على ذلك ، كالانتفاع بالخانات والمصحات والمدارس الموقوفة ، فان المنتفع لا يملك الا حق الانتفاع أما فى غير هـذه الأحوال فيملك المنتفع المنفعة سواء أكان الوقف أو الوصـية للسكنى والاستعمال فقط أم للاستغلال فقط أم لهما فمن ملك أحدهما على جهة الاختصاص ملك الآخر ؛ لأن مقتضى الوقف أو الوصية فى هذه الحال ملك المنفعة ، لا حق الانتفاع ، وملك المنفعة يعطى المنتفع حق الاستعمال والاستغلال على ما هو مقرر .

خواص ملك المنفعة وحق الانتفاع

§ ٢٥ — (١) للمنتفع فى ملك المنفعة حق متعلق بالعين ، ولـكن العين ملك لغيره ، وانما استفاد هو ذلك الحق من مالك العين ، ولذلك كان المنتفع مطالبا بالمحافظة على العين المنتفع بها محافظته على ماله ؛ لـكى يعيدها الى مالـكها صحيحة سليمة ، واذا هلكت بفعله أو بتقصيره فى المحافظة عليها كان ضامنا لصاحبها قيمتها ان كانت قيمية ومثلها ان كانت مثلية ، ولا يضمن ان هلـكت من غير تعد أو تقصير فى المحافظة عليها .

(٢) وملك المنفعة يقبل التقييد بالشروط فى أوجه الانتفاع ، وفى زمان

الانتفاع وفى مكانه ، وهو يخالف بذلك الملك التام ؛ فانه لا يقبل التقييد بالشرط على ما أسلفنا من القول .

(٣) وملك المنفعة لا يورث ، بل ينتهى بوفاة المالك ، ولا ينتقل لورثته ، وهو بذلك يخالف الملك التام ، وملك الرقبة فانهما يورثان ، وينتقلان بالخلافة الى الوارث . وخالف فى ذلك الشافعى فقال ان ملك المنفعة يورث .

ضمان العين المنتفع بها

§ ٣٦ — للانتفاع بالعين حالان : (إحداهما) ألا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ، بل الانتفاع بها باستهلاكها ، وذلك يكون فى إعارة بعض المثليات فان الانتفاع بها يكون باستهلاكها غالبا ، ففى هذه الحال لا ترد ذات العين المنتفع بها بل يرد مثلها ، ويكون عقد العارية فى هذه الحال عقد قرض .

(ثانيتهما) أن يكون الانتفاع بالعين مع بقائها ، وفى هذه الحال تكون العين أمانة فى يد المنتفع ، فان تلفت من غير تعد ولا تقصير أو تعييت لذلك لا يضمن شيئا ، لأن يد الأمانة غير ضامنة .

وان تلفت بتعد أو تقصير فى الحفظ أو تعييت ضمن قيمتها أو مثلها عند الهلاك ، وضمن نقصان العيب عند التعيب ، والتعدى يثبت باحدى صورتين (أولاهما) أن يتلفها أو يعيبها بعمل مقصود به الاتلاف أو التعيب ، (وثانيتهما) أن يتجاوز الشروط التى قيده بها المالك ، أو يتجاوز الأمد الذى عينه له أو يحبس العين بعد انقضاء المدة المحدودة ، ففى كل هذه الصور يكون المنتفع متعديا وتنتقل يده من يد أمينة الى يد ضامنة .

وينتهى ملك المنفعة ، بوفاة مالك العين أو المنتفع كما أشرنا ، وبانقضاء المدة التى عين الانتفاع بها وبهلاك الشىء المنتفع ، أو تعذر استيفاء المنفعة المتفق عليها منه ، ومتى انتهى حق الانتفاع والعين الباقية سلمت العين الى مالكها ، الا اذا كان فى تسليمها ضرر على المنتفع ، كأن تنتهى مدة الاجارة ، والزرع بقل لم ينضج ، فانه يترك بأجر المثل ، واذا مات المستأجر والزرع بقل ترك فى يد

الوارث بالأجر المسمى ان كانت مدة الاجارة لا تزال باقية لم تنته ، فاذا انتهت كان على الوارث أجر المثل اذا كان الزرع لا يزال بقلا [١] .

٢٧ — ولم نجد القانون المدنى خالف الشريعة فى ملك المنفعة مخالفة كبيرة ، وجملة ما خالفها فيه ترجع الى أمور منها :

(١) أن ملك المنفعة ينتقل الى الوارث بعد وفاة مالكها ، اذا كانت لمدة معينة لم تنته المدة ، ومذهب الحنفية غير ذلك ؛ لأن ملك المنفعة فيه لا يورث بل بمجرد وفاة أحد العاقدين فى العقد الذى ملكت المنفعة بمقتضاه يفسخ العقد ، وينتهى ملك المنفعة على النحو الذى ذكرناه . ومذهب الشافعى كالقانون المدنى .

(٢) أن القانون المدنى يفرض أن حق المنفعة قد يكون أبديا ، ولكن عقد المنفعة المؤبد لا يكون بين آحاد الناس بعضهم مع بعض ، بل يكون بين الدولة وآحاد الناس . والأصل فى ذلك أن أكثر أراضى مصر كانت معتبرة ملكا للدولة ، ويد الزارع عليها يد مستأجر منتفع ، لا يد مالك للعين ، ولكنه حق دائم غير مقيد ، وينتقل بعد المنتفع الى الورثة الذين أجيز لهم بمقتضى القانون أن يحلوا محل مورثهم . ولكن بعد أن صارت تلك الأراضى التى كانت يد الناس عليها يد منتفع مملوكة ملكا تاما لواضعى اليد عليها بمقتضى الأمر العالى الصادر فى ١٥ ابريل سنة ١٨٩١ للقضاء الأهلى ، والأمر العالى الصادر بتاريخ ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦ [٢] — بعد هذا أيبقى حق الانتفاع الأبدى ؟ ولقد كان ذلك مفروضا فى تلك الأراضى ، التى قد زالت ملكية الدولة عنها ، وأصبحت ملكا تاما لواضعى اليد عليها ، وما تملكه الحكومة من أراض غيرها انما تملكه ملكية خاصة تتصرف فيه على أنها شخص معنوى له ما لكل الأشخاص من تصرفات . لذلك لا نرى أن تلك المنفعة الأبدية (اذا كان ذلك أصلها) باقية الى الآن .

---

(١) راجع مذكرات المعاملات فى فقه أبى حنيفة التى كتبها بعض أساتذة مدرسة القضاء الشرعى للسنة الثانية من القسم الأول بها . وراجع البدائع فى الاجارة .

(٢) راجع المجموعة المدنية والملكية العقارية فى مصر للاستاذ الجليل الدكتور كامل بك مرسى ، وشرح القانون المدنى للمرحوم فتحى زغلول باشا .

(٣) أن حقوق مالك المنفعة والعين المنتفع بها أوسع فى القانون منها فى الشريعة « فلمالك المنفعة فى القانون المدنى جميع حقوق المالك فيما ملك وعلى قدر ملكه فله الانتفاع بالشىء مباشرة أو بالواسطة كالاجارة أو الشركة أو المزارعة وغير ذلك ، وله أن يرهنه بجميع أنواع الرهن ، ويرتب عليه حقوق ارتفاق ، وأن يتصرف بالبيع والبدل ، وغير ذلك من التصرفات الجائزة فى الملك شرعا » [1] .

ونرى من ذلك أن القانون أعطى مالك المنفعة من التصرفات ، وسوغ له من العقود ما لم تسوغه الشريعة ، فالرهن مثلا لا يجوز من المنتفع فى الشريعة ، ولكنه يجوز فى القانون .

حقوق الارتفاق

§ ٢٨ — حق الارتفاق حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر ، مالكه غير مالك العقار الأول ، وهو يشبه حق الانتفاع من حيث انه ليس فيه ملكية تامة لمالك العقار المنتفع ؛ بل ان بعض المؤلفين يعده من أقسام حق الانتفاع [2] .

وحقوق الارتفاق ثلاثة : حق الشرب ، وحق المسيل ، وحق المرور . وهذه تشملها أحكام عامة ، وتخص كل واحد منها أحكام ، أما العامة ، فهى انها جميعا ، لا بد لثبوتها من ألا يكون فى استعمالها أذى يلحق غيره ، كأن يكون استعمال حق الشرب فى سقى أراض واسعة يأخذ ماء كثيرا يضر فيجعل الشركاء فى الترعة الخاصة ، أو للمنتفعين فى الترعة العامة أو النهر العام عرضة للحرمان من السقى ، وأخذ نوبتهم ، ففى هذه وأمثالها يمنع الشخص بمقدار ما يزيل الضرر كذلك حق المرور يجعل لك حق المرور الى منزلك أو لزرعك من طريق ، بشرط ألا تضر غيرك ، بأن تلقى فيه قاذورات ، أو تعمل ما فيه احتمال الضرر ، كأن تسير بعربتك فى غير الجانب المخصص لسيرها من الطريق ، حتى لا تصطدم بغيرها .

---

(١) العبارة منقولة بالنص تقريبا من شرح القانون .

(٢) راجع كتاب الأستاذ الجليل الشيخ أحمد ابراهيم بك فى المعاملات الشرعية المالية .

ويثبت أى حق من حقوق الارتفاق بواحد من ثلاثة أسباب : (أحدها) أن يتعلق الحق بمرتفق عام ، فيثبت لكل من يتصل به عقاره حق الارتفاق فيه شربا ، أو مسيلا ، أو مروراً ، (ثانيها) الاذن من المالك اذا كان العقار المتعلق به الحق مملوكا ملكا خاصا ؛ فانه بهذا الاذن يصير له حق ارتفاق على عقار الآخر ، (ثالثها) القدم ؛ فاذا وجد أن لعقار على آخر حقا مقرراً ، حفظ له ذلك الحق ، ما دام لم يعرف وقت حدوثه ، وان علم وقت الحدوث ذلك فان كان مثبتا لذلك الحق كان للعقار الحق بهذا السبب المثبت ، وان كان غير مثبت بأن كان سببا باطلا وعلم ذلك بالبينة حكم ببطلانه ، وفى الجملة القدم مثبت ما لم يقم دليل على بطلان السبب الذى اعتمد عليه بعد ثبوت أوليته .

حق الشرب ، والمجرى

§ ٢٩ — والآن نتكلم فى كل حق من هذه الحقوق ، وما يخصه من أحكام ، ولنبدأ بحق الشرب : الشرب فى اللغة معناه الحظ والنصيب من الماء ، قال الله تعالى عز شأنه « وهذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم » ، وقال تعالى « ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر » .

وفى الشريعة النصيب من الماء لسقى الزرع والشجر ، ويقابل حق الشرب الذى خص بسقى الزرع والشجر — حق الشفة فهو خاص بشرب الحيوان والانسان ومنفعته بالماء كالوضوء والغسل ونحو ذلك ، والمياه بالنسبة لحق الشرب والشفة ثلاثة أقسام :

القسم الاول : الانهار الكبيرة : وما تفرع عنها من ترع أنشأتها الدولة لمنافع الناس ، ورى أراضيهم ، ولكل انسان أن ينتفع من هذه المياه ، ويشرب منها هو وحيوانه ، ويسقى زرعه وغرسه وينصب عليها الرحى [1] ، ويكرى نهراً منها الى أرضه بشرط ألا يضر ذلك بالعامة ، وذلك لأن ماء هذه الأنهار غير مملوك لأحد ؛ لأن الملك انما يكون بالاستيلاء والقهر والاحراز ، ومياه

(١) الرحى هى ما نسميه الساقية فى عرفنا الحاضر .

هذه الأنهار غير محرزة ولا مقهورة ولا محل استيلاء أحـد ؛ وفوق ذلك فهذه الأنهار غير مملوكة الرقبة لأحد على الخصوص ، فليس ماؤها بمملوك ، وليست هى بمملوكة ، ولذا بقى ماؤها على أصل الاباحة ، وصار الناس فيه شركاء بمقتضى الشركة الطبعية فى الاباحة ، لقوله عليه السلام « المسلمون شركاء فى ثلاثة فى الماء ، والكلأ (١) ، والنار » ، والشركة فى هذا الحديث شركة إباحة ، فمن سبق إلى شىء منها واستولى عليه ، وأحرزه دخل فى ملكه ؛ ولهذا كله كان لكل انسان فيه حق الشفة والشرب مطلقا من غير قيد إلا قيدا واحدا وهو ألا يترتب على تصرف الانسان ضرر بالعامة ؛ لأن الضرر يجب أن يزول (٢) . وقد جاء فى البدائع أن من أضر بالنهر أو ما يتفرع منه من مياه عامة فلكل واحد من المسلمين منعه ؛ لأنه لعامة المسلمين ، واباحة التصرف فى حقهم مشروطة بعدم الضرر .

§٣٠ — *القسم الثانى : المياه التى تجرى جريا متتابعا فى ملك خاص :*

وذلك مثل النهيرات التى يكريها الناس فى مزارعهم لتوصل المياه الى كل أجزائها ، والماء فى هذه الحالة غير محرز ؛ لأن صاحب الأرض لم يستول عليه ، ولم يقهره ، لأنه يجرى متتابعا ، فلم يقع فى سلطانه ، ولـكنه يجرى فى أرض مملوكة له ؛ فكان له حق فيه ليس لغيره ، ولذا كان حكم هذا الماء أنه يثبت فيه حق الشفة لـكل انسان ، ولـكن لا يثبت حق الشرب إلا باذن صاحبه .

أما ثبوت حق الشفة : (١) فلأن المـاء ما زال باقيا على أصل الاباحة ، لأن أحدا لم يستول عليه ، ولم يحرزه ، فهو ليس بمملوك لأحد فصار لكل انسان أن ينتفع به فى الشرب وقضاء حاجاته ، وأن يسقى دوابه ، وصار كظبى تكنس فى أرض انسان ، فلكل انسان أن يصيده ، ما دام صاحب الأرض لم يجعلها شركا لصيده ، (٢) ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن منع نبع البئر ، (٣) ولأن الحاجة الى الماء تتجدد ساعة بعد سـاعة ، ومن خرج مهاجراً ضاربا فى

(١) الـكلأ المباح هو الحشيش الذى ينبت بغير انبات الانسان .

(٢) قامت لائحة الرى منظمة للانتفاع بماء النيل وترعه العامة تنظيما يمنع أن يترتب على تصرف المنتفعين ضرر بالـكافة .

الأرض لايمكنه أن يستصحب ما يكفيه الى أن يرجع الى أهله ، فيحتاج الى أن يأخذ من ماء الآبار التى تكون فى طريقه لنفسه ودابتـــه . وصاحب الأرض لا ضرر يلحقه من أخذ قدر من الماء لشرب الشخص ودابته، بينما هذا لو منع منه يلحقه حرج شديد وضرر عظيم ، فكان من المعقول أن يزال هذا الضرر العظيم بأمر لا يضر الآخر ، وان مسه منه ضرر فهو يسير ، والضرر اليسير يدفع به الضرر الخطير ، وذلك أمر مقرر فى الشرع .

وأما عدم اباحة سقى الزرع فلأن فى اباحته الحاق ضرر عظيم بصاحب الأرض ؛ إذ فيـه احتمال ابطال حق صاحبـه الذى أجرى المـاء فى ملـكه الخاص ؛ إذ باباحة الشرب سيكون متساويا مع كل من له أراض تسقى منه ، وبذلك لا يكون له حق ممتاز مع أن الملكية للأرض التى يجرى فيها الماء أوجد لها امتيازا بذلك الملك الذى قدمه ، ولأن الشرب لاحد للماء الذى يؤخذ فيه ، إذ ليست له نهاية معلومة ، وقدر معلوم ، ففى اباحته تعرض لضرر الحرمان من الانتفاع ، ولا شك أن الضرر الكبير لصاحب حق يدفع به ضرر غيره ولو كان كبيرا ، لأنه لم تترتب له حقوق أثبتتها ملكية خاصـة له ، وعلى هذا لا يثبت الشرب فى هذا النوع من المياه إلا بقدم غير معروف أوله ، أو باذن خاص من المالك .

§ ٣١ — هذا ويلاحظ ثلاثة أمور : أولها أنه يجب على من يسقى دوابه من ماء يجرى فى ملك خاص أن يحافظ على حافتى النهر والبئر ؛ لأن الشرط فى استعمال الحقوق ألا يترتب على استعمالها ضرر ، ولا شك أن تخريب جانبى النهر أو جوانب البئر فيه ضرر كبير بصاحب الملك ، والضرر واجب الازالة ، ولذا إذا خيف تخريب النهر من كثرة الدواب كان لصاحبه أن يمنعهـا إذ الحق له بصفة خاصة ، وانما ثبت لغيره حق الشفه للضرورة ، ولا معنى لاثباته على وجه يتضرر به صاحبه ؛ لأنه بهذا تبطل منفعته ، فيذهب بذلك ما له من حق خاص ، ولا يصح أن يضيع الحق الأصلى فى سبيل حق ثبت للضرورة دفعا للأذى عن الناس وسدا لحاجاتهم .

وثانيها : أنه اذا كان نبع الماء أو النهر المملوك ملكا خاصا يمكن الوصول اليه بطريق ليس مملوكا ملكا خاصا فعلى المستسقى منه لنفسه أو لدوابه أن يسلكه ، وليس له أن يصل اليه من أرض صاحب البئر أو النهر ولهذا أن يمنعه ، لأن دخول أرضه اضرار به ولا ضرورة تدفع اليه ، فلا يصح له أن يجتازها . وان لم يمكن الوصول الى ماء الجدول أو البئر الا بدخول الأرض ، واضطروا الى أن يشربوا من هذا الماء ، لعدم وجود غيره يقال لصاحب الأرض اما أن تأذن لنا بالدخول ، واما أن تحمل الينا الماء ، فان لم يفعل دخلوا وأخذوا من الماء ما يكفيهم ، لأن الضرورة تدفعهم الى هذا الصنيع ؛ إذ هم فى حاجة الى الماء ، ولا ماء سوى ما فى هذا الجدول أو هذه البئر ، ولا طريق اليه إلا أن يدخلوا أرضه ، وهو متعنت فى منعهم ، والضرورات تسد وتدفع ما دام لا ضرر منها على أحد ، ولا ضرر هنا على صاحب الأرض .

وثالثها : أنه إن منعهم صاحب البئر أو النهر من أن يشربوا من مائه أو يسقوا دوابهم وكانوا فى اضطرار اليه كان لهم أن يقاتلوه بالسلاح ، (وان كان الأولى أن يقاتلوه أولا بغير السلاح) ليأخذوا منه قدر ما يدفع الهلاك عنهم ، وذلك لما روى من أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر ، فأبوا . وسألوهم أن يعطوهم دلوا ، فأبوا فقالوا لهم ان أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تقطع ، فأبوا . فذكروا ذلك لسيدنا عمر رضى الله عنه فقال : هلا وضعتم فيهم السلاح . ولأن الماء ما دام غير محرز ، وما دام يجرى متتابعا فهو على الاباحة الأصلية ، ولكل انسان حق أخذه والشرب منه ، ومن يمنع أحدا من أخذ ما له حق فى أخذه كان له أن يقاتله بالسلاح ، كمن يمنع انسانا من ماله المملوك له ملكا خاصا له أن يقاتله بالسلاح ، حتى يصل الى ماله .

واذا كانت الشفة تأتى على كل ما فى النهر أو البئر من ماء فقد اختلف الفقهاء ، فقال بعضهم ليس له المنع ؛ لأنه غير مملوك له ، فلا يصح أن يمنع أحدا منه ما دام يريد الرى لنفسه ودوابه ولما ورد فى ذلك من الآثار التى سقناها .

وقال بعضهم وهم الأكثرون ان له أن يمنع ، لأنه يلحقه ضرر بذلك ، إذ يضيع حقه ؛ لأنهم يأتون على كل الماء ، وحقه أولى بالرعاية لأن الماء يجرى فى ملكه ، وعلى ذلك تصير الشفة فى هذه الحال كالشرب ، بل أولى بالمنع ، لأن ضياع حقه فى هذه الحالة محقق ، وهو فى الشرب محتمل ، وإذا كان مع الاحتمال منع الشرب ، فعند تحقق الضرر من الشفة تمنع أيضا .

٣٢ — مما ذكرنا يستفاد أن الماء الذى ينبع فى ملك خاص لايقع فى ملك أحد ما دام يجرى جريا متتابعا ، وذلك باتفاق عند الحنفية ، وعند الحنابلة هو موضع خلاف فى الروايات . فرواية تبين أن الماء مملوك لصاحب النبع ، لأن الماء وان كان مباحا فى الأصل قد صار فى حيازة شخص ، فصار كالصيد يدخل مكانا أعد له ، ليكون شرك الاصطياد . والأكثرون على أنه غير مملوك . ومهما يكن من أمر هذا الخلاف فقد اتفق الحنابلة كسائر الفقهاء على أن لكل انسان أن يستقى من الماء الجارى لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه ، وينتفع به فى أشباه ذلك مما لا يؤثر فيه بغير اذنه ، وقد قال المغنى « لا يحل لصاحبه المنع لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «ثلاثة لا ينظر الله اليهم ، ولا يزكيهم ، ولهم عذاب أليم : رجل كان بفضل ماء بالطريق ، فمنعه ابن السبيل ، وعن بهيسة عن أبيها أنه قال : يا نبى الله ما الشىء الذى لا يحل منعه ؟ قال الماء . قال يا نبى الله ما الشىء الذى لا يحل منعه ؟ قال : الملح . قال يا نبى الله ما الشىء الذى لا يحل منعه ؟ قال : « أن تفعل الخير خير لك » . ولأن ذلك لا يؤثر فى العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر . فأما ما يؤثر فيه كسقى الماشية الكثيرة ونحو ذلك ، فان فضل الماء عن حاجة صاحبه لزمه بذلك لذلك ، وان لم يفضل لم يلزمه » [1] .

§ ٣٣ — *القسم الثالث : المياه المحرزة* : وهذه المياه تدخل فى ملك صاحبها ، لأن الماء وان كان مباح الأصل قد صار بالاستيلاء عليه مملوكا ملكا خاصا لمحرزه ، وفقد بذلك ما كان له من صفة الشركة الطبيعية ، وصار بذلك

(١) وذلك هو رأى الأكثرين فى مذهب الحنفية كما علمت .

كالحطب المحرز والحشيش والصيد وغيرها مما كان فى أصله مباحا ، ووقع فى الملك الخاص بالاستيلاء . ولأن العادة جرت فى الأمصار وكل الأعصار باستيلاء السقائين على المياه و بيعها واستحلال ثمنها من غير نكير ، فكان ذلك دليلا على ثبوت الملك التام فيه عند الناس جميعا ، وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن .

غير أنه يلاحظ أمران : (أحدهما) أن الماء وان صار ملكا بالاحراز لا تزال فيه شبهة الشركة الطبعية التى أثبتها الحديث الصحيح : « الناس شركاء فى ثلاثة الماء الخ » لأن تلك الشركة التى نص عليها الحديث ، وان أزالتها اليد التى ثبتت بالاستيلاء قد بقيت شبهتها ، ولذا لو سرق أحد من آخر ماء تبلغ قيمته حد النصاب (كأن يكون الماء قد غلا ثمنه لقلته) لا يجب حد السرقة ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات كما وردت بذلك الآثار ، ولا شك أن شبهة بقاء الشركة الطبعية بالاباحة من هذا النوع الذى يدرأ به الحد .

(ثانيهما) أن من يخاف على نفسه الهلاك ، وليس معه ماء فسأل من معه الماء المحرز فمنعه كان له أن يقاتله بغير سلاح حتى يأخذ منه ما يقمع به غلته . وذلك إذا كان صاحب الماء معه منه ما يفضل عن حاجته ، أما اذا كان ما معه لا يزيد عن حاجته ، فليس لهذا أن يقاتله ؛ لأن القتال إنما هو لدفع الهلاك عن نفسه ، ولا يصح أن يدفع الهلاك عن نفسه باهلاك آخر هو أولى بالماء منه ؛ لأنه مالك له . و إنما كان لمن يخشى على نفسه الهلاك أن يقاتل من غير سلاح عند وجود الزيادة فى الماء ، ولم يبح له القتال بالسلاح ؛ لأن الماء فى هذه الحال مملوك فصار كالطعام المملوك اذا اضطر شخص اليه ، فلا بد من مراعاة حرمة الملك ، وكان الأصل ألا يقاتله قط احتراما للملكية ، ولكن العطش والجوع الشديدين دفعاه لأن يطلبه ، وأن يقاتل عليه حفظا لنفسه ، فأبيحت المجاهدة فى هذا حفظا لنفسه ، وابقاء عليها ، و بقى حمل السلاح على أصل تحريمه العام فكان له أن يغالب لينال القوت أو الماء ، ولكن من غير سلاح .

§ ٣٤ — مما سبق يستبين أن حق الشرب يكون فى نوعين من المياه: أحدهما الأنهر والترع العامة. والشرب يكون للشخص فيه بلا قيد ولا شرط الا اذا كان فى عمله ما يضر ضررا عاما ، أو فيه احتمال ذلك ، وثانيهما المياه التى تجرى فى مجار مملوكة ملكا خاصا اذا كان لأرضه عليها حق شرب قديم لم يعرف أوله ، أو كان اذن خاص من صاحب النهر ، ويلاحظ ما يأتى :

(١) اذا تعلق حق الشرب بالأنهار العظام والترع العامة فلصاحب الأرض أن يشق الجداول فى ملكه لسقى أرضه ان كانت بعيدة عن الترعة العامة ، كما له أن ينشىء الرحا لكن ذلك مشروط بألا يضر بالعامة كما بينا ، كأن يفيض الماء فى أرضه بكثرة ، بحيث يمنع السفن الجارية من الجريان عليه ، أو ينقطع عن الناس [1] .

(٢) اذا كان حق الشرب متعلقا بنهر مملوك ملكا خاصا كان لكل من تعلق به حقه فى الشرب منه أن يتوزعوه بينهم بقسمة عادلة اما بالفتحات يفتحونها منه ، وإما بالمناوبات الزمانية ، وغير ذلك مما يرونه أعدل وأمثل ، وأصلح للزرع ، وأبقى على الثمر .

(٣) وليس لشخص أن يسقى أرضه الى حد أن يسرى الماء الى أرض غيره ، فيضر زرعه ، ويمنعه من حرثها واصلاحها لبذر الحب فيها ، وإذا نزت الأرض بملئها فى أرض جاره ، فان كان سقيه لأرضه فوق المعتاد أو فى غير نوبته ضمن ما يحصل من التلف فى أرض جاره ؛ لأنه بذلك متعد ؛ إذ ليس له أن يزيد عما له من حق السقى بالزيادة عن المعتاد أو بالسقى فى غير نوبته ، ومن تعدى بالقيام بعمل ليس له أن يقوم به ضمن ما يترتب عليه من اضرار بغيره ، وأما اذا نزت الأرض بسقى معتاد لا زيادة

---

(١) جاء فى البدائع : سئل أبو يوسف عن نهر مرو ، وهو نهر عظيم . أحيا رجل أرضا كانت مواتا ، فحفر لها نهرا فوق مرو من موضع ليس يملكه أحد ، فساق الماء اليها من ذلك النهر ، فقال أبو يوسف : ان كان يدخل على أهل مرو ضرر فى مائهم ليس له ذلك ، وان كان لا يضرهم فله ذلك ، وليس لهم أن يمنعوه .

فيه ، وكان السقى فى نوبته ، فلا يضمن ؛ لأنه ليس بمتعمد فى الاضرار بغيره ، وشرط وجوب الضمان أن يكون متعديا ولا تعدى هنا ، وان كان هو المتسبب ؛ لأن التسبب وحده لا يكفى فى الضمان ما دام العمل مشروعا سائغا ، ألا ترى أن من يحفر بئرا فى أرضه لا يضمن ما يعطب فيها ، وان كان السبب من جانبه ؟. لأن حفر الانسان بئرا فى أرضه أمر مشروع . ولأننا لو ضمنا صاحب الأرض التى نزت بالسقى المعتاد فى النوبة لكان فى ذلك منع له من استعمال حقه فى السقى ؛ لأنه اذا كان كلما سقى ضمن كان ذلك تحريما للسقى عليه ؛ وبهذا نكون قد دفعنا الضرر عن الجار بضرر المالك ضررا أشد ، وهو صاحب الحق ، ولا يصح دفع الأضرار الخاصة باضاعة الحقوق ، والحاق أضرار أشد ، لأن ذلك ظلم لا يقره شرع .

٣٥ — ويتبع حق الشرب حق المجرى ، لأن حق المجرى معناه أن يكون لعقار على آخر حق مرور الماء الصالح لسقى الزرع أو الشجر منه اذا كان مالك الثانى غير مالك الأول ، وحق المجرى يثبت بالأمور التى ذكرناها أولا ، فى الأحكام التى تعم كل حقوق الارتفاق .

ثم ان المجرى الذى فى أرض الغير (١) قد يكون ملك صاحب الأرض التى تسقى منه ، وان كان يخترق أرض غيره ، (٢) وقد يكون ملك صاحب الأرض التى اخترقها ، (٣) وقد يكون ملكا مشتركا لكل أصحاب الأرض التى تحيط بها ، ولكل أحكام ، قوامها دفع الأضرار الخاصة ما استطاع أصحاب الحقوق الى ذلك سبيلا ، ومراعاة العرف ، وبقاء القديم على قدمه فيما لا اثبات فيه واحترام ما يتفق فيه أصحاب هذه الحقوق ، لأن الاتفاق شريعة المتعاقدين فيما لا مورد للنص فيه ، وبشرط ألا يكون فى الاتفاق جهالة تفضى الى التنازع .

وفى الحالة الأولى والثانية وهما اذا كان للانسان مجرى يخترق أرض غيره ، سواء أكان المجرى ملكه أم له فيها حق الشرب فقط ، وهو ملك لصاحب

الأرض يكون لصاحب حق المجرى حق السقى منه ، وليس لصاحب الأرض أن يمنعه ، والمجرى يعتبر فى يد صاحب الشرب منه ما دام يجرى فيه ماؤه ، وعلى صاحب الأرض إن أراد أن يمنعه ، ويدعم المنع بحق له — أن يقيم هو الدليل ، لأنه مدع ، وصاحب الماء مدعى عليه . وان لم يكن ثمة ماء جار فى المجرى ، فعلى صاحب الماء أن يقيم الدليل على أنه له حق إجراء الماء ان كان لا يدعى ملكية المجرى ، بل يدعى حق الاجراء فقط ، ويقيم الدليل على الملك إن كان يدعى ملك المجرى ، وإنما كان عليه هو أن يثبت إذا لم يكن فى المجرى ماء يجرى اليه لأنه فى هذه الحال لا يعتبر واضع اليد ، بل يعتبر صاحب العين هو مالك الأرض ، فيعتبر مدعى عليه ، وصاحب الشرب مدعيا ، والاثبات على المدعى ، اذ اليد شاهدة بالملك لصاحبها ، ما لم يقم دليل على نقيض ما تشهد .

واذا احتاج المجرى الى اصلاح ، لتصل المياه كان الاصلاح على صاحب الماء ، لأن الغرم بالغنم ، وهو الذى ينتفع بالماء فعليه ضمان صلاحية العين التى توصل المياه اليه ، لأن الخراج بالضمان .

٣٦ — وإن كان المجرى ملكا مشتركا لأصحاب الأراضى التى تحيط به ، فالقواعد العامة التى تتفرع منها أحكام هذا النوع من المجارى ، هى (١) أنه ليس لواحد من الشركاء أن يتحكم فى ماء المجرى حتى يحجزه عن غيره (٢) وليس لواحد منهم أن يتصرف تصرفا يضر بحافة المجرى أو يعمل به عملا من شأنه أن يحول طريقه أو يؤثر فيه نفسه ، (٣) وإن ما يتفقون عليه فى سبيل تنظيم السقى ، وتوزيع النوبات والمياه محترم ، واجب التنفيذ .

وعلى هذه القواعد تتفرع الأحكام المتشعبة الكثيرة لهذا النوع من المجارى ، ومنها :

ا — أنه لا يجوز لأحد منهم أن يسكر[1] المجرى بأن يسد الماء حتى

---

(١) يقال سكر النهر سكرا اذا سده حتى لا يذهب الماء الى من هو أسفل منه ، والاسم منه السكر بكسر السين .

يسقى أرضه ، لأن سد المجرى يمنع الماء عمن هو أسفل منه وهو لا يجوز ، ولأن سد المجرى احداث شيء لم يكن فى وسط المجرى ورقبته ، وكل عمل كذلك ممنوع إلا برضا الشركاء ، اذ هم شركاء فى الرقبة ، والشركاء فى عين من الأعيان لا يعمل أحدهم فيها عملا الا باذن سائرهم .

ولكنهم ان تراضوا على أن يسكر كل واحد فى نوبته ، نفذ ما تراضوا عليه ، وكذلك إن أجازوا لأحدهم أن يسكر فى نوبته خاصة ، اذا كانت أرضه بربوة بحيث لا تصل المياه اليها إلا إذا سكر المجرى ، لأن الحق لهم ، وقد أجازوه ، ولأن فى ذلك دفع الضرر عنه ، لأنه لا يستطيع السقى إلا بذلك .

ب — أنه لا يجوز لأحد منهم أن يشق من المجرى مجرى صغيرا أو ينصب عليه رحا[1] ، أو يوسع فتحة المجرى وغير ذلك من الأعمال التى من شأنها أن تؤثر فى عين المجرى ، أو تنقص مياهه بحيث تؤثر فى أنصبة سواه ، ولو كانت الرحا فى أرضه ، ولا تشتف ماء النهر ، أو تنقصه بحيث تضر بغيره من الخلطاء ، فليس لأحد منعه ، لأنه يتصرف فى ملكه الخاص ، وليس فى تصرفه ضرر بين يلحق بغيره ، ومن يمنعه فى هذه الحال ومع بقاء الماء يصل اليه بلا ضرر — متعنت قاصد الاضرار ، فلا يلتفت الى اعتراضه ، لأنه ليس له من الحق الا دفع الضرر عن نفسه ، أو منع الغير من التصرف فى ملكه ولا شيء من ذلك هنا .

حـ — أن الشركاء إن اتفقوا على نوبات زمانية بحيث يكون لكل نوبته يسقى فيها وحده نفذ ذلك الاتفاق ، وكان لكل منهم شربه المعلوم ، وزمنه المحدود ، وليس لأحد أن يسقى فى شرب غيره الا بالرضا ، وان اختصموا ، ولم يتفقوا على طريق للسقى ، ولم يعرف مقدار ما يستحقه كل واحد من الشرب فى النهر ، ولا بينة لأحدهم على مقدار ما يستحق ، حكمت الأراضى وقسمت المياه بالنوبات بينهم على حسب مقدار أراضيهم لا على حسب عدد رءوسهم ، وذلك لأن المقصود سقى الأراضى ، والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الأراضى وكثرتها ،

---

(١) الرحا المراد بها هنا الساقية .

والظاهر أن حق كل واحد منهم من الشرب بمقدار أرضــه ، و بقدر حاجته وهذا الظاهر يؤخذ به ، وله احترامه عند التقاضى ، ما لم تقم الأدلة على نقيضه ولأن حق الملك لكل واحد من الشركاء ثمرته تظهر فى الاستيلاء على الماء للسقى والماء لا يمكن اثبات اليد عليه حقيقة ؛ لأنه لا يمكن أن يقع فى قبضة أحد وهو ماء جار . و إنما يكون اثبات اليد عليه فى هذه الحال بالانتفاع به بالسقى وهذا الانتفاع يتفاوت بتفاوت مقادير الأراضى ، فتتفاوت اليد عليه تبعا لذلك وعلى ذلك يوزع الماء على حسب مقادير الأراضى ما لم يقم دليل يثبت غيره .

اصلاح الأنهر والمساقى

٣٧ — اصلاح الأنهر العظام والترع العامة على بيت المال [١] لأن منافع هذه الترع ، وتلك الأنهر للكافة ، ومال بيت المال معد لمصالحهم فكان الانفاق على اصلاح هذه الأنهر والترع منه .

واذا كان بيت المال خاليا من المال ، كأن تكون الدولة فى ضائقة مالية وزادت نفقاتها على مواردها ، والسيل قد طم ، وجسور النهر أو الترع تحتاج إلى التقوية ، حتى لا يهلك الزرع والنسل ، ففى هذه الحال يكون لولى الأمر أن يجبر الناس على الاصلاح ، لأن تركها من غير اصلاح ضرر عظيم ، وولى الأمر قد نصب راعيا لمصالح المسلمين ، ناظرا لمنافعهم ، و بعيد أن يفعل الناس ما عليهم طائعين ، لأنه قلما ينفق العوام على مصالحهم مختارين ، ولقد قال عمر رضى الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم ، فكان من المصلحة والسياسة الشرعية إجبارهم .

وطريقة الاجبار هى أن يجبر القادرين المطيقين على العمل ، ويجبر الأغنياء الموسرين على دفع أجور من يعمل ، لأنه لا سخرة فى الاسلام ، ومثل ذلك تجهيز الجيوش فى حال الخطر الداهم ، فانه يكون العمل على من يطيقون الجهاد بأنفسهم ، والانفاق على مياسير الأمة ، ويكون كل قد أسهم فى الجهاد هؤلاء بأموالهم ، وأولئك بأنفسهم ، ولكل فضل .

---

(١) يقوم مقام بيت المال الآن وزارة المالية .

٣٨ — واذا كان النهر مملوكا لواحد أو لجماعة فاصلاحه على كل من له شرب فيه ؛ لأن منفعته لهم على الخصوص ، فمئونة الاصلاح عليهم ، لأن الغرم بالغنم ، وقد غنموا منـافعه ، فحق عليهم الغرم فى سبيله ؛ ومن أبى منهم أجبر ، وإذا امتنع كل الشركاء فى شرب مجرى مملوك لهم عن الاصلاح لا يجبرهم أحد ؛ لأنهم أصحـاب الحق فيه ، والضرر اللاحق بهم بسبب من جانبهم ، وهم أحرار ما دام الضرر لا يتجاوزهم الى غيرهم .

٣٩ — ولتوزيع تكاليف الاصـلاح على الشركاء فى شرب خاص طريقتان : احداهما طريقة أبى حنيفة رضى الله عنـه ، وهى أن يبدأ فى الجزء الأعلى الذى يسقى منه أعلى الشركاء أرضا فيصلح هـذا الجزء ، وتكون مئونة اصلاحه عليهم جميعا بنسبة ما لهم من مقادير الشرب[١] ، فاذا أصلح هذا الجزء وانتقل الاصلاح إلى غيره ، لم يكن على صاحب الأرض العليا مئونة فى اصلاح ما دونه ، وهكذا لا يكون صاحب أرض من مئونة الاصلاح إلا لما فوق أرضه وما يقابلها ، وليس عليه من مئونة اصلاح ما هو أسفل من أرضه شىء . ووجهة نظر أبى حنيفة فى ذلك أن مئونة الكرى هى مئونة الانتفاع بسقى الزرع والشجر ، والشخص لا ينتفع من المجرى الا بالجزء الذى يقابل أرضـه ، وما هو أعلى منه ، ولا ينتفع من المجرى بما هو أسفل من أرضه ، وعلى ذلك لا يكون عليه من مئونة اصلاح الأسفل شىء مطلقا .

والطريقة الثانية ، طريقة الصاحبين هى أن توزع التكاليف عليهم جميعا بنسبة مقادير شربهم ، وهم فى ذلك سـواء لا تمييز لصاحب الأرض العليا على الأرض السفلى ، لأن كل واحد منهم ينتفع بالمجرى كله أعلاه وأسفله ، ومنفعة صاحب العليا بأسفل المجرى واضح بين ، لأنه يحتاج الى ارسـال الماء الزائد عن حاجته ، اذ لو استمر واقفا ، مع تدافع مورده ، فاض المـاء على أرضه ، وأفسد زرعه ، وهذا وجه خطير من أوجه انتفاع الأعلى بأسـفل المجرى ، فـكان عليه

(١) سواء أكانت المقادير تبين بالنوبات أم بعدد الفتحات اللازمة لضربه ، أم بهما .

من اصلاحه قدر معلوم ، ولذا يكون الجميع سواء ، ولا تفرقة إلا بمقادير الحصص فى الشرب .

٤٠ — وليس على أهل الشفة شيء من الاصلاح ، وذلك لأن المقصود الأول من حفر الأنهار وكريهـا ، سقى الأراضى لينبت الزرع ، وتثمر الأشجار وحق الشفة يجيء بالتبع ، لا بالقصد الأول ، والاصلاح انما يكون على من ينالون النفع المقصود ، لا النفع التبعى . ولأن من لهم حق الشفة لايحصون عددا ولا طريقة لعدهم ، لأن كل من يمر بهذا الماء سواء أكان مسـافراً أم مقيما له أن يشرب ويسقى دابته ، ويأخذ ما تلزمه به حاجته من الماء . ولا مؤونة على من لايحصون لأن وجوبها إنما يكون على أشخاص معينين بالذات .

حق المسيل

§ ٤١ — حق المسيل ، هو حق مرور الميـاه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة من ملك الغير ، سواء أكان ذلك الماء مسيلا من البيوت أم ماء أمطار ، أم ماء غير صالح لرى الأراضى الزراعية ، ومن المصلحة تسييله ، وعلى ذلك يعتبر من حق المسيل (١) حق مرور مياه الأمطار بارسالها من ميازيبها فى الطريق العام أو الخاص أو بمرورها فى ملك الجار ان كانت لا تصل الى الطريق أو المسيل العام الا بمسـيل فى ملك الجار (١) ، ويثبت ذلك الحق بالقـدم أو باذن المالك . (ب) ويعتبر من حق المسيل حق مرور المياه المشتملة على فضلات البيوت فى المجارى العامة ، لأن ذلك من تسييل الماء غير الصالح . (ج) كما يعتبر من حق المسيل حق تصريف المياه التى لا تستفيد منها الأراضى ليحل محلها مياه صالحة .

واذا ثبت حق المسيل لعقار على عقار آخر استمر ثابتا حتى يسقطه صاحب العقار المرتفق ، واذا سقط لا يعود كسائر حقوق الارتفاق لما هو مقرر من القواعد الفقهية وهو أن الساقط لا يعود ، ولا يسقط حق المسيل بتغير صفة العقار من بستان

---

(١) كان يحصل فى المدن القديمة أن يسيل شخص ماء المطر النـازل على داره من سطح جاره ويكون له على سطح داره حق المسيل ، ولعل ذلك لا زال فى المدن الاسلامية التى تكثر فيها الأمطار والثلوج .

الى دار [١] ، أو من خربة الى عامرة . واذا حصل خلل فى المسيل الخاص ، فاصلاحه على من لهم حق المسيل فيه ، لأنهم المنتفعون فعليهم الاصلاح ، واذا كان اصلاح المسيل لا يكون الا بالدخول فى أرض من يجرى المسيل فى أرضه أو فى داره كان له أن يدخل الأرض للاصلاح ، فان منعه صاحبه من الدخول كان له أن يلزمه عن طريق القضاء بأحد أمرين : اما أن يقوم باصلاح المسيل ، واما يمكنه من اصلاحه .

واذا أهمل صاحب حق المسيل المسيل ، وصار مصدر أذى ، وضرر لغيره ، ألزمه القضاء باصلاحه ، ليدفع الضرر ، ويميط الأذى .

§ ٤١ — **حق المرور** : وهو أن يكون للشخص الحق فى الوصول الى عقاره وحده أو معه دوابه ، وقد يكون الطريق الموصل لعقار مملوكا له ، وقد يكون غير مملوك له ، ويكون له حق المرور فيه .

وحق المرور من الطريق العام ثابت لكل انسان ، ومقرر لكل عقار متصل به باطلاق ، ولكل أن يمر من هذا الطريق بلا قيد ولا شرط ، ولكل صاحب عقار متصل به أن يفتح بابا لعقاره فيه من غير قيد ولا شرط أيضا . وذلك لأن الطريق قد خصص لمنفعة الكافة ، فليس لأحد حق فيه أكثر من الآخرين ، وليس لأحد فيه حق على جهة الخصوص ، واذا كان كذلك فلا يمنع من الارتفاق به أحد ما دام يرتفق فى الدائرة التى خصص لها الطريق .

ولأن الطريق العام قد رصد لارتفاق العموم لم يصح لأحد أن يحدث فيه دكانا أو ظلة أو جرصنا [٢] اذا ترتب على ذلك ضرر بالعامة . ولذا قال شمس الأئمة «ان كان الاحداث يضر بأهل الطريق ، فليس له أن يحدث ذلك ، فان

---

(١) جاء فى جواهر الفتاوى : « رجل له ميزاب فى بستان فباع صاحب البستان بستانه ، فجعل المشترى البستان دارا ليس له أن يبطل حق المسيل ، لأن حقه لا يبطل بجعل البستان دارا » .

(٢) الجرصن كلمة معربة يقصد بها الخارجة التى تبنى على جزء من هواء الطريق أو هو الطنف (البلكون) .

كان لا يضر بأحد لسعة الطريق جاز له احداثه فيه ما لم يمنع منه ، لأن الانتفاع في الطريق بالمرور فيـه من غير أن يضر بأحد جائز ، فـكذلك كل ما هو مثله فيلحق به اذا احتاج اليه ، واذا أضر بالمارة لا يحل له لقوله عليه الصلاة والسلام : «لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام» وهذا نظير من عليه الدين ، فانه لا يسعه التأخير اذا طالبه صاحبه ، ولو لم يطالبه جاز له تأخيره ، وعلى هذا القعود فى الطريق للبيع والشراء يجوز ان لم يضر بأحد ، وان أضر لم يجز » (١) .

ومن هذا النص يفهم أن الرجل له أن يحدث فى الطريق ما لم يضر بالمرور فيه وما لم يمنع منه ، فاذا منع منه لم يسغ له ذلك ، وضرب لنا مثلا بالمدين اذا لم يطالب . ولـكن من الذى له أن يمنعه ويعترض على تصرفه ، ويخاصمه فيه ؟ قال أبو حنيفة لـكل أحد من الناس أن يمنعه من الوضع ، وأن يكلفه رفع ما وضعه ان كان قد وضع شيئا ، سواء أكان فيه ضرر أم لم يكن اذا وضع بغير اذن الامام ، لأنه يكون فى هذه الحال قد افتات على الامام ، واعتدى على حق ولى الأمر ، لأن تدبير الأمور التى تتعلق بالـكافة واجازة غير الضار ، ومنع الضار لولى الأمر وحده ، فمن فعل من غير اذنه فى الطريق شيئا فقد افتات عليه ، ومن افتات على ولى الأمر كان لكل واحد منعه .

وقال أبو يوسف رضى الله عنه لـكل واحد من الناس أن يمنعه من الوضع قبله فاذا وضع ما ليس فيه ضرر بأحد ليس لـكل واحد منعه ، ولو وضع بغير اذن الامام ، وذلك لأن الوضع جعل له يدا خاصة على ما وضع عليـه ، فالذى يمنعه ويخاصمه من النـاس متعنت ما دام لا يدفع أذى ناله أو نال غيره . والمتعنت لا يلتفت اليه . وأما قبل الوضع فان مريد احداث شىء فى الطريق من ظلة ونحوها انما يريد وضع يده الخاصة على ما هو تحت يد الناس كافة ، فـكان لـكل واحد منعه من هذا الوضع قبل أن تـكون له يد خاصة .

وقال محمد ليس لـكل واحد منعه لا قبل الوضع ولا بعده ، أذن الامام له

---

(١) راجع الزيلعى فى باب ما يحدثه الرجل فى الطريق .

أو لم يأذن ، لأن العمل ما دام لا ضرر فيه لأحد فهو مأذون فيه شرعا ، سواء أذن الامام أم لم يأذن ؛ وما دام الفعل مأذونا فيه شرعا ، فليس لأحد منعه ؛ لأنه اذا كان المنع غير سائغ عند اذن ولى الأمر ، فبالأولى يكون غير سائغ عند اذن الشارع ؛ لأن اذن الشارع أحرى وولايته أقوى .

ورأى أبي حنيفة فى نظرى هو أوجه هذه الآراء دليلا ، وأسدها نظرا ؛ لأنه لا مقياس يعين الضرر وعدم الضرر الا إذن الامام ، فيجب أن يمنع الشخص ما دام الامام لم يأذن ، ويتولى المنع جمهور المسلمين وأهل الحسبة : ليكون ثمة تعاون على تنظيم الأمور . وما قاله محمد رضى الله عنه قائم على أساس أنه لا ضرر ، فهو مأذون فيه شرعا . وذلك كلام فيه نظر (١) لأنه لا يعلم أن فيه ضررا أو لا إلا بتقدير ولى الأمر لأن مقياس الضرر أو نفيه تقدير الامام ، وليس هوى المرتفق (٢) ولأن اذن الشارع فى الانتفاع انما هو بالمرور فقط برصد ولى الأمر هذا العقار للطريق العام فاستعماله لغير المرور استعمال فى غير ما خصص له ، ويحتاج الانتفاع بغيره الى اذن جديد من ولى الأمر ليسوغ هذا الاستعمال ، ولا يعتبر الشارع قد أذن ، حتى يأذن الامام .

وكذلك رأى أبي يوسف يقوم على أساس فيه نظر أيضا ؛ لأن اليد الخاصة التى أثبتها الوضع ليست يدا محترمة بل هى يد باطلة ، لأن الشخص ارتفق بشىء فى غير ما خصص له ما دام الامام لم يأذن ، واليد الباطلة لذوى الشأن إزالتها ، وكل الناس فى هذا ذوو شأن (١) .

§ ٤٣ — أما الطريق الخاص ، وهو ما كان بين جماعة مخصوصين . فالارتفاق به خاص بأهله ، فلهم وحدهم حق فتح الأبواب فيه ، وليس لأحد سواهم أن يفتح باب عقاره فيه ، اذا كان باب عقاره من طريق آخر ، الا باذن منهم ، أو وجود قدم لا يعرف الجيران أوله ، ولو كان قد أغلق بابه على هذا الطريق ،

---

(١) والمعمول به الآن أن أى ارتفاق فى الطريق العام بغير المرور يحتاج الى ترخيص خاص من أولى الأمر . فكأنه يسير بمقتضى مذهب أبي حنيفة .

لا يسقط حقه ، بل له ولمن يملك العقار من بعده أن يعيد فتح ذلك الباب الذى كان قد أقفله صاحبه(١) .

ومع أن فتح الأبواب على الطريق الخاص لا يكون الا باذن أهله أو وجود قدم — قد قرروا أن للعامة أن يمروا منه ، ويسيروا فيه اذا ازدحم الطريق العام ، فبهذا كان للكافة ارتفاق بهذا المعنى ، وفى هذه الحدود .

ولا يصح لأحد أن يحدث شيئا فى الطريق الخاص بنحو ظلة أو جرصن أو غير ذلك إلا باذن المرتفقين به الارتفاق الخاص ؛ لانه كالملك المشترك بينهم . فليس لأحدهم ، أن يحدث فيه شيئا إلا باذنهم جميعا ، ولذلك يعتبرون شركاء فى الحقوق وبهذا الاعتبار تجب الشفعة بينهم ، والتصرف فى الملك المشترك لا يجوز الا باتفاق الشركاء ، ما دام ذلك التصرف على غير الارتفاق الخاص الذى أوجدته هذه الشركة .

ولكن ليس لأهل طريق خاص أن يتفقوا فيا بينهم على سده وإزالته لأن للكافة حقا فيه ، وهو حق مرورهم عندما تزدحم الطرق ، وتضيق بالسير فيها لأمر عارض أو بشكل دائم . ولهذا الحق احترامه ، ووجوب مراعاته ، وفى إزالة الطريق الخاص باتفاق أهله إهدار له ، وذلك لايجوز . ولذا جاء فى جامع الفصولين مانصه : « ليس لأهل السكة أن ينصبوا على رأس سكتهم دربا ، ويسدوا رأس السكة ؛ لأن مثل هذه ، ولو كانت ملكا ظاهرا لأصحابها ، لكن للعامة فيها نوع حق وهو أنه اذا ازدحم الناس فى الطريق ، لهم أن يدخلوها ، حتى يخف الزحام . وقال أبو حنيفة فى سكة لاتنفذ ، ليس لأصحابها بيعها ، ولو اتفقوا عليه ، ولا أن يقسموها فيما بينهم ؛ إذ الطريق الأعظم اذا كثر الناس فيه كان لهم أن يدخلوا هذه السكة حتى يخف الزحام » .

---

(١) راجع المادة ١٢٢٢ من المجلة ، ونصها : « اذا سد أحد بابه الذى هو الى الطريق الخاص فلا يسقط حق مروره بسده اياه ، فيجوز له ولمن اشترى منه أن يفتحه ثانيا » وهذه المادة مأخوذة من الفتاوى الهادية فى باب الحيطان .

التصرف فى حقوق الارتفاق

٤٤ — اتفقت كلمة فقهاء الحنفية على أن حقوق الارتفاق تورث تابعة للعقار ؛ لأن الورثة خلفاء الميت فى كل ما يملك من مال وما يتصل بهذا المال من حقوق ، فتسرى اليهم الحقوق بهذه الخلافة كما سرت اليهم ملكية الأعيان . وفى عبارات كتب الحنفية ما يفيد أن هذه الحقوق منفردة تنتقل بالميراث الى الورثة ، كما انتقلت تابعة للعقار ، فقد جاء فى باب الشرب فى الكنز وشرحه : « ويورث الشرب ، ويوصى بالانتفاع بعينه ، ولا يباع ولا يوهب » والفرق أن الورثة خلفاء الميت ، فيقومون مقامه فى حقوق الميت وأملاكه ، وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه بالمعاوضات والتبرعات كالدين والقصاص والخمر » وهذا التعليل بالنسبة للميراث ينطبق تمام الانطباق على سائر حقوق الارتفاق ، وقد جاء فى البدائع « وتوريثه (الشرب) ؛ لأن الارث لا يقف على الملك لا محالة ، بل يثبت فى حق الملك ، كما يثبت فى الملك كخيار العيب ونحوه » . وهذا أيضا يسرى فى سائر حقوق الارتفاق كما سرى فى البيع ، وترى مثل هذه النصوص فى الكتب الفقهية التى تعنى بالتعليل ، ورد المسائل الى أصولها ، والأحكام الى أسبابها كالهداية وغيرها من أمهات كتب المذهب . ومنها يستفاد أنها تورث تابعة للعقار ومنفردة ، ولم أعثر على نص يمنع سريان تلك العلة ، وما تقتضيه من مساواة كل حقوق الارتفاق بالنسبة للميراث .

ويصح أن يوصى بمنافع الشرب المملوكة رقبته للموصى ، ويكون ذلك من باب الوصية بالمنافع ، وهى سائغة فى المذهب الحنفى ، وخالف فى ذلك ابن أبى ليلى على نحو ما علمت ، ولأنه وصية بالانتفاع صار كالوصية بالسكنى وكان لا بد من تعيين الموصى له ، فاذا مات الموصى ملك الموصى له منفعة الشرب ، ولكن مدة حياته فقط لأنه ملك منفعة فى هذه الحالة ، وملك المنفعة لا يكون الا فى حياة المنتفع ، ولذا جاء فى البدائع ما نصه : « ويوصى به (أى بالشرب) حتى لو أوصى لرجل أن يسقى أرضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية ، وتعتبر من

الثلث ، لأن الوصية ، وإن كانت تمليكا ، لكنها تمليك بعد الموت ، ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به فى الحال ، وانما يملك بعد الموت ، فأشبه الميراث فاذا احتمل الارث احتمل الوصية التى هى أخت الميراث ، واذا مات الموصى له تبطل الوصية ، حتى لا تصير ميراثا لورثة الموصى له لأن الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالى ، وشبه الخدمة ، ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ولا تصير ميراثا فكذلك الوصية بالشرب ، ولو أوصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح ، لأنه لما لم يحتمل التمليك بالتصدق ، استوى فيه الحال والاضافة الى ما بعد الموت بالوصية » ومن هذا يفهم أن الوصية بمنافع الشرب المملوكة رقبته جازت لأنها وصية بالمنافع ، اذ يقول هو شبه الخدمة ، وفيه كل خواص الوصية بالمنافع ، بدليل أن ملك المنفعة بالشرب تنتهى بوفاة الموصى له ، ولذلك لا يعد فى نظرى ما يملكه الموصى له من الانتفاع بحق الشرب بهذه الوصية من قبيل الارتفاق ، بل من قبيل الانتفاع الشخصى ، لأن ما يملكه ليس حقا مقررا لعقاره على العقار الآخر بحيث ينتقل مع العقار اذا باعه أو وهبه أو نحو ذلك ، بل هو حق شخصى له ، ينتهى بموته ولا ينتقل الى غيره ، ولهذا لا نستطيع أن نقول انه بسبب تلك الوصية يكون حق ارتفاق على شرب الموصى ، بل له حق انتفاع فيه .

٤٥ — وقد اتفق الفقهاء على جواز بيع رقبة الشرب ، والطريق ، والمسيل لأن رقبة الشرب والطريق عقار معين محدود معروف المقدار ، لا جهالة فيه ولا غرر ، لجاز بيعه بيعا صحيحا مستوفيا الأركان والشروط ، وأما المسيل فلا يجوز بيع رقبته إذا كان مقدار ما يسيل فيه الماء غير معين للجهالة والغرر ، وأما إذا عين مقداره وعرفت حدوده فيجوز بيعه فى هذه الحال ، لأنه مبيع معلوم المقدار ، محدود بالجهات ، فلا مانع من بيعه ومثل البيع فى هذا كله العقود التى من شأنها نقل الملكية ، كالهبة والوصية ، لأن التصرفات الواردة على الرقبة لاتعدو التصرف فى عقار مملوك ملكا خاصا ، محدود معلوم المقدار .

وأما بيع حق الشرب والطريق والمسيل منفردا ، فتختلف فيه بعض تلك الحقوق عن بعضها الآخر ، فالمسيل باتفاق الروايات فى مذهب أبى حنيفة لا يصح بيعه منفردا عن العقار ؛ لأن الأصل فى الحقوق أنها لا ترد عليها التصرفات الشرعية منفردة ؛ ولأن بيعها مع ما فيها من جهالة لمقدار الارتفاق عقد على مجهول ، فلا يصح ، بل ان العقد عليها عقد على ما هو معدوم فى الحال ، والمعدوم لا يصلح محلا للعقود الا على مخالفة للقياس ، ومخالفة القياس تكون بنص مسوغ للمخالفة ، أو عرف دافع الى استحسان ترك القياس ؛ ولا نص ولا عرف فى هذا المقام يترك القياس لأجله فى المسيل فيبقى على الأصل وهو عدم جواز بيعه منفردا .

وأما بيع حق الشرب منفردا ، فقد اختلفت الروايات فى مذهب أبى حنيفة فيه ففى ظاهر الرواية أنه لا يصح للأسباب التى ذكرنا فى عدم صحة بيع المسيل منفردا إذ هى قائمة هنا فى حق الشرب ، وذلك كلام معقول ، لأن حق المسيل والشرب كلاهما ليس مالا متقوما فى نظر الحنفية على ما بينا فى حقيقة التقوم وعدمه عندهم ، فاتساق منطق المذهب كان يقضى بتساويهما . والرواية الثانية تقول إن بيع الشرب منفردا يصح . وبهذه الرواية أخذ أهل بلخ ، وذلك لأنهم تعارفوه واستساغوا بيعه ، ولا شك أن العرف يجيز مخالفة القياس والقواعد الفقهية ، لأن ما رآه المسلمون حسنا ، فهو عند الله حسن ، ولأنه مقدار من الماء منتفع به ولو أنه غير معلوم ، فجاز ورود العقد عليه ، وهو بهذا يفترق عن حق المسيل والمرور ، ولذا جاز ضمانه عند بعض الفقهاء وفى بعض الروايات ، ففى رواية فخر الاسلام البزدوى ، أن حق الشرب يضمن بأن يضمن أن يسقى الشخص فى نوبته ودوره . وأهل الرأى الأول يردون كل هذا ، فينكرون أن يكون تعامل أهل مدينة مسوغا لمخالفة القياس انما العرف المسوغ لمخالفة القياس هو عرف جميع الناس أو المسلمين حتى يكون قريبا من الاجماع كالحال فى الاستصناع والسلم والاجارة فى نظر الحنفية ؟ وكون الشرب يضمن عند بعض العلماء لا يكون حجة ملزمة لمن

لا يرى رأيهم إنما الالزام بالالتزام ، والالتزام بالرأى بقبول نتائجه ممن يراه ، لا ممن لا يراه ، فيلزم بنتيجة الضمان ، وهو جواز البيع منفردا من رأى الضمان ، فلا يكون الضمان حجة على من لا يراه ، وهم أكثر الفقهاء . وأما الحكم بأنه مقدار من الماء فكلام غير منتج وغير مسوغ للبيع ، لأنه أولا غير معلوم ، والبيع لا يرد على غير معلوم ، وثانيا ليس بمملوك لصاحب الشرب ؛ لأن الماء الذى يجرى جريا متتابعا لا يعتبر مملوكا لأحد على ما قررنا ، و بيع ما لا يملك لا يصح . ألا ترى أنه مباح بدليل تعلق حق الشفة به بلا اذن مالك المجرى ، والمباح لا يكون محلا للعقود قبل احرازه . ولذلك كله كان الراجح عند فقهاء الحنفية عدم صحة البيع منفردا ؛ ولكن لو تعارف الناس جميعا جواز البيع منفردا لساغ ، ولكان قولا راجحا .

وأما بيع حق الطريق منفردا ففيه روايتان أيضا رواية الزيادات بجواز بيعه ورواية ظاهر الرواية بالمنع وهو الراجح لما ذكرنا من الأسباب السابقة فى حق المسيل ، ووجهة الرواية المجيزة أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم محدود فجاز بيعه ، ولكن ذلك لا يدفع أنه ليس بمال متقوم فى نظر الحنفية ، والعقد لا يجوز فى غير المتقوم ؛ لأنه لا يصلح محلا للعقود على ما أسلفنا . واننا نقول فيه ما قلناه فى الشرب انه ان وجد عرف الناس لسوغنا البيع ، ولرجحنا الرواية الأولى .

وكل ما ذكرنا من أحكام بيع هذه الحقوق منفردة يسرى على كل عقود التمليكات كما أشرنا ، سواء أكانت تمليكات للأعيان أم للمنافع ، فهبة حقوق الارتفاق منفردة لا تجوز كما أن بيعها منفردة لا يجوز فى الجملة.

§ ٤٦ — وما ذكرناه كله انما هو فى بيع حقوق الارتفاق منفردة أما بيعها تابعة للعقار المرتفق بها فجائز باتفاق ، وكذلك كل تصرف فى العقار يصح أن تدخل فى ضمنه حقوق الارتفاق بالتبعية ، وذلك لأنه يثبت للشىء تبعا ما لا يثبت له مقصودا ، كجذع فى سقف لا يصح بيعه منفردا عن السقف ما دام فيه ، ولكن يباع فى ضمن البيت الذى هو فيه ، وكأطراف الحيوان لا ينعقد عليها بيع وهو

حى ، ولـكن يثبت عليها البيع وهى أجزاء فيه ، وكالحل لا يصح العقد عليه منفردا وهو فى بطن أمه ، ولـكن يدخل فى ضمن عقود التمليكات ويزيد فى قيمة أمه ، ونظير ذلك فى الفقه الاسلامى كثير ، قد تجاوز الحساب والاحصاء .

ولـكن العقود تختلف من حيث وجوب النص على ذكر الحقوق لتدخل تابعة للعقار ، فبعضها تدخل فيه هذه الحقوق من غير نص عليها ، و بعضها لا تدخل فيه الا بنص عليها . فأما الأولى فهى العقود التى يكون من مقتضاها تمليك المنفعة تمليـكا مقصودا بالذات كالاجارة والوقف والوصية بالمنافع ، وأما الثانية فالعقود التى مقتضاها تمليك العين تمليـكا مقصودا ، مثل البيع ، والهبة ، والصدقة والوصية بتمليك الأعيان ، وجعل العقار بدل خلع ، أو بدل صلح أو نحو ذلك وانما كان لابد من ذكر هذه الحقوق فى عقود التمليـكات ، ولا تدخل من غير نص يشملها كذكر كلمة الحقوق والمرافق ، لأن هذه العقود المقصود بها قصدا أوليا تمليك الرقبة ، وتمليك الرقبة فى ذاته لايحتاج الى هذه الحقوق ، وليست هى تابعة له ، لأنها مرافق الانتفاع ، لذلك كانت لاتدخل فى البيع من غير نص عليها . وقد قال فى هذا المقام الزيلعى فى شرحه للـكنز « ان هذه الأشياء (أي حقوق الارتفاق) تابعة من وجه من حيث أنها تقصد للانتفاع بالمبيع دون عينها ، وأصل من وجه من حيث انها يتصور وجودها دون المبيع ، فلا تدخل فى البيع الابذكر الحقوق والمرافق ، وهذا لأنه قد يشترى للبيع فلا يلزم الشراء للانتفاع به ، وقد يشترى الطريق بعد ما اشترى المبيع » .

وأما العقود التى يكون الانتفاع فيهـا هو الغرض المقصود فحقوق الارتفاق فيها تابعة للعقار ومحضة فيها للتبعية له ؛ لأن الانتفاع لا يكون الا بحقوق الارتفاق فـكأنها قد دل عليها بطريق التضمن والاقتضاء ، وكأن العقد مشتمل عليهـا من غير نص يشملها ؛ ولذا لو نص فى عقد الاجارة على استثناء حقوق الارتفاق بطل العقد ، لأن المنفعة ، وهى المعقود عليه فيه تـكون غير متحققة وغير ثابتة ، ويكون قد عقد على أمر غير قابل للوجود ، فلا يصح .

حقوق الجوار

§ ٤٧ — اعتبر القانون المدنى حقوق الجوار من ضمن حقوق الارتفاق ، فاعتبر فتح المطلات ، وحق العلو والسفل ، وايجاد فضاء بين الأبنية ، وأحكام الجدار المشترك بين جارين ، اعتبر كل هذا من أحكام الارتفاق . ولكن الفقه الاسلامى يفرق بين هذين النوعين من الحقوق ؛ لأن لكل منهما أساسا يقوم عليه يختلف عن الآخر ، فقوام حقوق الارتفاق كونها تكليفا على العقار لمصلحة العقار المرتفق ، فهى حق عينى ثابت على العقار . وهو من نوع الشركة فى العين التى تعلق بها الارتفاق ، فاذا كان لعقار حق الشرب من مجرى يجرى فى عقار آخر كان بين صاحبى العقارين شركة فى حق الشرب ، وكذا اذا كان لعقارات حق المرور من طريق كانت بين الملاك شركة فى حق المرور ، ولو كان بعضهم مالكا لرقبة الطريق ، والآخرون لعقاراتهم حق الارتفاق به ، وبهذا الاعتبار تثبت الشفعة ، ويكون مناطها تلك الشركة .

أما حقوق الجوار ، فتقوم على منع الضرر بالجار ضررا بينا فاحشا فى سبيل انتفاع الشخص بملكه ، فهى فى الواقع تقييد لانتفاع المالك بعقاره بقيد أن لايضر بالجار ، وبعبارة موجزة ان الفرق بين حق الارتفاق وحق الجوار أن حق الارتفاق حق ايجابى متعلق بالعقار ، أما حق الجوار فحق سلبى ليس الا منعا للضرر ، واماطة للأذى ، وبهذا الاعتبار تثبت الشفعة ، ولذا يتأخر الحق فيها عن أصحاب حقوق الارتفاق .

§ ٤٨ — وحقوق الجوار اما أن يكون منشؤها الجوار بين صاحب العلو وصاحب السفل ، واما أن يكون منشؤها الجوار المطلق . فاذا كان منشؤها مابين صاحب العلو والسفل كانت أقوى وأشد ، ولذلك أجمع الفقهاء على أنه لايصح لأى واحد منهما أن يتصرف فى ملكه تصرفا يضر بالآخر ؛ لأن ملكه لم يخلص له إذ تعلق به حق غيره ، فان حق صاحب العلو متعلق بالسفل ، وحق صاحب السفل متعلق بالعلو ، فملك كليهما ليس خالصا . واذا كان الملك ليس خالصا من

حقوق متعلقة به ، فانه يجب مراعاتها عند كل تصرف يتصرفه الشخص فى ملكه.

وقد قسم الفقهاء التصرفات الى ثلاثة أقسام : القسم الأول : تصرفات تضر أحد الجارين بلا ريب كأن يهدم صاحب السفل سفله ، وكأن يفتح بابا فيه ، وهذا النوع من الأعمال ممنوع باتفاق ؛ لما فيه من الضرر المؤكد ، والاهدار لحق مقرر لصاحبه برضا هذا المتصرف ، فهو نقض لأمر تم من جهته ، ومن حاول أن ينقض أمراً تم من جهته ، فمحاولته مردودة عليه .

القسم الثانى : تصرفات لا تضر واحدا منهما بيقين كدق مسمار أو اصلاح أحدهما ملكه بنحو طلاء الجدران وغير ذلك مما لا يضر بالآخر يقينا ، وهذا التصرف سائغ غير ممنوع باتفاق الفقهاء ، لأن احترام حق الآخر يكون بعدم الاضرار ، ولا اضرار هنا بيقين ، فلا يمنع .

القسم الثالث : تصرفات تحتمل الضرر وعدم الضرر ، إذ أشكل أمرها ، فلا يدرى عند القيام بها أسيعقبها ضرر أم لا ، ومثال ذلك أن ينقب صاحب السفل كوّة فى سفله ، أو يبنى صاحب العلو غرفة ، أو يضع جذوعا فوق البناء . وفى هذا النوع من الأعمال خلاف . فأبو حنيفة يرى فيه المنع ، والصاحبان يريان فيه عدم المنع ، والخلاف فى هذه المسألة قائم على خلاف بينهما فى الأصل فى تصرفات صاحب العلو وصاحب السفل ، فأبو حنيفة يرى أن الأصل فى هذه التصرفات المنع إلا ما قام الدليل على أنه لا يضر فيسوغ . ويرى الصاحبان أن الأصل الاباحة إلا ما قام الدليل على أنه يضر فيمنع ، وقد استدل كلاهما لأصله . فاستدل الصاحبان لأصلهما بأن كليهما يتصرف فى ملكه ، والأصل فى التصرفات فى الملك الاباحة لا المنع وكون حق أحدهما قد تعلق بملك الآخر لا يهدم أصل الاباحة ، بل يقيده بعدم الضرر ، وعلى ذلك تكون اباحة التصرف التى اقتضاها الامتلاك ثابتة لم يزلها تعلق حق الآخر بها ، والمنع يكون عند الضرر ، فان وجد منعت التصرفات التى توجده ، وان لم يوجد رجعنا الى الأصل الثابت بالملكية ، وهو الاباحة ، وفى حال احتمال الضرر وعدمه لم يثبت الضرر ، فبقيت الاباحة قائمة عاملة ، لعدم وجود شرط

المنع بها ، ومن جهة ثانية لا يصح أن نجعل تعلق حق الآخر مانعا من التصرفات لذاته ، بل يجب أن نجعله مانعا من التصرفات لما يكون منها من الضرر بدليل اباحة ما لاضرر فيه باتفاق ، واذا كان أثر حق الآخر مانعا فقط ما فيه الضرر ، فما لم يقم دليل على ضرره لا منع فيه ، فلا يمنع ما احتمل الضرر وغيره .

واستدل ابو حنيفة لما قرره وهو أن الأصل المنع : (١) بأن تعلق حق الغير بعين من الأعيان يقيد تصرفات المالك فيها بقيد وهو رضا صاحب الحق ، ألا ترى أن المستأجر لأن له حقا فى العين المستأجرة يكون بيعها موقوفا على رضاه ، وكذلك حق المرتهن يقف البيع وكل التصرفات الشرعية التى تشبهه على رضاه ، وذلك لأن الحق المتعلق بعين من الأعيان محترم فيمنع اطلاق التصرف فى العين ، و بذلك يكون الأصل فى العين المتعلق بها حق للغير المنع من التصرفات ، واطلاق اليد يكون بسبب جديد ، وهو رضا[1] صاحب الحق .

(٢) واستدل أيضا أبو حنيفة بأن من له حق فى عين فله نوع ملك فيها ، ومن يتصرف فيها فهو يتصرف فى ملك غيره ، ولا يصح التصرف فى ملك الغير إلا باذنه ورضاه ، ولذلك نظائر فى الشريعة ، فاذا كان لانسان حق مسيل فى أرض آخر ، ولا يملك رقبته ، فليس لصاحب الرقبة أن يغيره من قناة الى أنبوبة إلا باذن صاحب الحق المتعلق بعينه ، ولا ينقله من مكان إلى مكان آخر . كذلك إذا كان حق المرور فى طريق لا يملك رقبته ، فليس لمالك الرقبة أن ينقل الطريق من جهة إلى جهة ، وان كان لا يتضرر صاحب الحق المتعلق بالعين ، ولا يمسه من ذلك أى أذى ، بل لو كان التغيير الى أنفع له ، ولا بد لجواز هذا العمل

---

(١) مقتضى هذا الدليل ، والدليل الآتى أنه لا يصح لصاحب السفل أو العلو أن يعمل أى عمل الا برضا صاحبه والاتفاق بينهما عليه ، وبهذا روى بعضهم عن أبى حنيفة فقد روى عنه أن صاحب العلو لا يملك التصرف وان لم يضر بصاحب السفل (راجع فتح القدير) . وعلى الرواية المشهورة يصح اعتبار عدم الضرر عارضا يبيح اطلاق اليد ، وهنا يوجه نقد شكلى ، لأن عدم الضرر لا يعتبر عارضا ، لأنه أمر سلبي لا يعرض ، وانما العارض الطارىء يكون أمرا ايجابيا .

من رضا صاحب الحق وموافقته .

واذا كانت النظائر والأشباه كذلك ، فيما بين صاحب السفل والعلو من حق لأحدهما فيما يملك الآخر — كان لكل منهما نوع ملك فيما يملك الثانى ، فيمنع من الأعمال إلا باذن الآخر ورضاه ، وعلى ذلك يكون الأصل المنع ، واطلاق اليد فى بعض الأعمال هو لعارض عدم الضرر بيقين .

٤٩ — واذا هدم صاحب السفل بناءه يجبر على اعادته لتعديه على غيره بهدمه بناءه الذى تعلق به حقه(١) ، لأن قرار العلو على السفل حق لصاحب العلو ، وبهدم صاحب السفل بناءه قد أزال ما يكون عليه القرار ، فيتعذر وجوده ، فيكون بهذا متعديا ، والمتعدى يجبره القاضى على ما يزيل أثر تعديه ، واذا جاء صاحب العلو وأقام القواعد للسفل وبناه من غير اذن صاحبه ، ومن غير أن يلجأ الى القاضى ليجبر صاحبه على البناء يعتبر متبرعا ، فلا يرجع على صاحب السفل بشىء من نفقات البناء ، ولا بقيمته ؛ لأنه غير مضطر الى البناء ، اذ فى استطاعته اجباره عليه بطريق القضاء ، فعدوله عن اجباره دليل على ارادة التبرع ، حسما لمادة الخلاف ، وفضا للنزاع ، وحفظا لمروءته وصاحبه من الخصومات ، وما تجر اليه من شحناوات ، والمتبرع ليس له أن يرجع فيما عزم عليه .

واذا انهدم السفل من غير فعل صاحبه ، فلا يجبر على اعادته ، لأنه لاتعدى من جانبه ، فلا مبرر للالزام ، وفى هذه الحال لا يكون لصاحب العلو ان أراد أن ينتفع بعلوه — إلا أن يتفق مع صاحب السفل ليبنى اختيارا ، لا اضطرارا ، ثم له هو أن يبنى باذن القاضى أو باذن صاحب السفل ، وفى هذه الحال يرجع بكل ما أنفق فى سبيل البناء على صاحب السفل ، لأنه وكيل عن صاحب الشأن فى الاشراف على البناء ، والانفاق فى سبيله ، فله أن يرجع عليه بكل النفقات التى أنفقها فى

---

(١) ولو كان قد تهدم بناء صاحب العلو بهدم صاحب السفل بناءه ضمن له قيمته وقت الهدم .

هذا السبيل ، والوكالة ظاهرة فى حال اذن صاحب السفل ، وأما فى حال اذن القاضى فهى تحتاج الى جلاء ، وذلك لأن القاضى له ولاية عامة قوامها رفع المظالم ، وتمكين أصحاب الحقوق من حقوقهم . ولا شك أن لصاحب العلو حقا فى القرار على السفل ، ولا يتمكن من هذا الحق الا ببنائه ، ولم يأذن مالكه بالبناء ولا طريق لاجباره على البناء أو اجباره على الاذن ، فلم يبق له الا أن يستأذن صاحب الولاية العامة فى البناء ، اذ تعذر عليه أخذ الاذن من صاحب الولاية الخاصة ، فيكون فى انفاقه على البناء فى هذه الحالة وكيلا عن ذى ولاية ، ويشبه الوكيل المقام فى الخصومات عند عدم وجود الخصم أو وكيل له .

واذا بنى من غير اذن صاحب السفل ولا اذن القاضى فله فى هذه الحالة أن يرجع بقيمة البناء وقت تمام البناء ، ولا يرجع بما أنفق ، وقد تختلف قيمة البناء عما أنفق زيادة أو نقصانا ، وانما كان له الرجوع بالقيمة ، ولا يرجع بما أنفق ؛ لأنه لم يكن وكيلا فى الانفاق على أى اعتبار ، إذ لم يصدر اذن له من القاضى ، ولا من صاحب السفل بالبناء وهذا هو الذى ذكر فى أكثر كتب الفقه ، ولم تحك فيه خلافا ، ولكن وجدنا فى كتاب البدائع ما يبين منه أن هناك قولا آخر ، وهو أن البانى فى هذه الحال له أن يرجع بما أنفق لا بقيمة البناء ، فقد جاء فيه : « وذكر القاضى فى شرح مختصر الطحاوى أن فى ظاهر الرواية يرجع بما أنفق ، وكذا ذكر الخصاف أنه يرجع بما أنفق ؛ لأنه لما لم يقدر على الانتفاع بالعلو الا ببناء السفل ، ولا ضرر لصاحب السفل فى بنائه ، بل فيه نفع صار مأذونا بالانفاق من قبله دلالة ، فكان له حق الرجوع بما أنفق » ، ولكن يظهر أن الراجح أنه يرجع بقيمة البناء وقت تمامه ؛ لأنه ملكه ، فوجب ألا يمكن غيره منه الا ببدل له ، وهو القيمة .

وهنا يتساءل القارىء لم لا يعتبر متبرعا ، كما اعتبرناه متبرعا ان بنى من غير إذن القاضى وصاحب السفل فى حالة هدمه متعمدا ؟ والجواب عن ذلك أنه فى الحال الأولى غير مضطر الى البناء ، لأن فى استطاعته أن يلجأ الى القاضى ،

ليكره المالك على البناء . أما فى هـذه الحال ، فهو مضطر الى البناء إذ لا طريق لاجبار المالك على البناء أو اجباره على الاذن ، فكأنه فى هذه الحال مأذون من الشرع بالبناء ؛ ولهـذه المسألة أصل ينطبق عليها وعلى مايشبهها من المسائل . ذكره شمس الأئمة الحلوانى ، وأقرته كل كتب الفقه . وهو أن من يجبر على اصلاح ما يملك اذا تعلق به حق الغير لايرجع عليه اذا أصلح صاحب الحق من غير إذنه أو إذن القاضى ، إذ يمكنه أن يجبره ، فكان متطوعا ، ومن ذلك كرى النهر واصلاح السفينة واذا كان لايجبر على الاصلاح كمسألة انهدام السفل لايعتبر متبرعا ، لأنه لايمكنه الوصول الى حقه الا بذلك .

والآن نقول كلمة مجملة فى طريق الرجوع بما أنفق أو بالقيمة . قد قالوا إن ذلك يكون بحبس صاحب العلو السفل الذى بناه عن صاحبه ، حتى يؤدى ما عليه وهو قيمة البناء وقت تمام البناء ، أو النفقات التى قام بها فى سبيل البناء على حسب الأحوال التى بيناها ، وإنما كان له هذا الحبس ، لأن دين البانى متعلق به فله حبسه حتى يستوفى الثمن ، بل ان له فيه ملكية ، ولذا جاء فى الفتاوى الحامدية أن له أن يسكن السفل ، حتى يدفع اليه صاحب السفل ما عليه من مال . وإذا امتنع عن أداء ما عليه بعد حبس السفل عنه كان لصاحب العلو طريقان احداهما أن يستغل السفل باذن القاضى ويستوفى ما له من الأجرة [١] ، وثانيهما أن يجبره على أداء الدين بطرق الاجبار على أداء الديون من حبس المدين أو بيع أمواله عليه ، حتى تستوفى منها ديونه وقد نص على ذلك فى جامع الفصولين ، ولكن فى الفتاوى الخيرية لا يجبر هذا الاجبار فى كل الأحوال بل يجبر ذلك الاجبار اذا بنى صاحب العلو باذن صاحبه أو باذن القاضى ، أما اذا بنى بغير اذن واحد منهما ، فلا طريق الى الرجوع الا حبس العين ، أو استغلالها باذن القاضى واستيفاء الحق من الغلة .

٥٠ — واذا هدم صاحب العلو علوه فالقول الصحيح فى المذهب ، كما

---

(١) راجع كتاب المعاملات لأستاذنا الجليل الشيخ احمد ابراهيم بك .

فى جامع الفصولين . أنه لا يجبر على بنـائه ، لأنه لاضرر على صاحب السفل فى عدم بنائه بخلاف صاحب السفل اذا هدم بناءه ، لأن العلو قائم عليه ، وهو أسه فالضرر لاحق بصاحبه بادى الرأى والنظر .

وهنا نستطرد استطرادة صغيرة ، وهى اذا هدم صاحب العلو علوه أو تهدم فهل له أن يبيعه من غير بناء ؟ والجواب عن ذلك أن حق التعلى لا يجوز بيعه إلا مع البناء ، فمن باعه من غير بناء لا يصح بيعه ، لأنه من غير بناء ليس بمال ، اذ المال ما يمكن احرازه عند الحنفية ، ولا هو فى هـذه الحال حق متعلق بمال فيجوز بيعه تبعا للمال ، لأنه فى هذه الحال منفرد عن متعلقه ، وهو البناء ، ولذا لا يجوز بيعه عند الحنفية اجماعا .

وفى مذهب مالك رضى الله عنه يجوز بيع حق التعلى منفردا عن البناء ، بل يجوز بيعه قبل البناء ، لأن بيع الهواء عنده يجوز . ولقد جاء فى الشرح الكبير ما نصه : « وجاز بيع هواء فوق بناء ، بأن يقول شخص لصاحب أرض بنى عشر أذرع مثلا فوق ما تبنيه بأرضك ، ان وصف البناء الأسفل والأعلى لفظا أو عادة للخروج من الجهالة والغرر ، ويملك الأعلى جميع الهواء الذى فوق بناء الأسفل ، ولـكن ليس له أن يبنى غير ما دخل عليه الا برضا الأسفل » ومن هذا يفهم أن حق العلو منفردا يجوز بيعه ، وذلك غير المتفق عليه عند الحنفية .

§ ٥٣ — ما ذكرناه هو فى الجوار الذى منشؤه ما بين العلو والسفل من علاقة ، وما لصاحب كل منهما من حق متعلق بالآخر ، وهو حق مقرر ثابت بمقتضى علاقة العلو بالسفل ، لامطلق الجوار .

أما الجوار المطلق فليس له من الحقوق الا حق واحد ، وهو ألا يضر الشخص فى سبيل انتفاعه بعقاره بجاره ضررا بينا فاحشـا ، وليس ذلك موضع اتفاق بين الفقهاء ، بل هو موضع نظر ، أو بعبارة أدق هو استنباط جاء بعد الطبقة الأولى طبقة أبى حنيفة وأصحابه . وذلك لأن ما يروى فى ظاهر الرواية هو أن المالك حر فى ملـكه يتصرف فيه كيف يشاء بلا قيد يقيده ، وليس لأحد اجباره على شىء

لا يريده فى ملكه ، الا لضرورة أو نقص فى أهليته ، كما أنه ليس لأحد منعه من التصرف فى ملكه ، ولو تضرر من ذلك غيره ، الا اذا تعلق به حق غيره فلذلك أحكام قد نوهنا عنها فى بيان حق العلو والسفل ، وذلك لأن معنى الملك يقتضى اطلاق اليد فى التصرف اطلاقا تاما ، والمنع لا يكون الا لتعلق حق غيره ، فاذا لم يتعلق به حق لايمنع[١] ، وعلى ذلك يكون للشخص أن يصنع فى عقاره ما شاء ، فله أن يفتح النوافذ فى بيته من غير قيد ولا شرط ، وله أن يحفر بئرا أو بالوعة ، ولو كان ذلك يوهن بناء جاره ، ولو فعل شيئا من ذلك حتى وهن الجدار فسقط لا ضمان عليه ؛ لأنه لم يتعد على جاره مادام ما يفعله فى دائرة ملكه ، ولا ضمان الا مع التعدى ؛ ولأن منعه من الانتفاع بملكه فيه ضرر ينزل به من غير مبرر يبرره ، ولا يصح أن يدفع الضرر عن غير المالك بضرر المالك ؛ لأن فى ذلك نقضا لأصل الملكية ، اذ لو كان الضرر يبرر منع المالك من التصرف ، لفقد المالك حرية التصرف ، وليست حرية التصرف الا معنى الملك .

ولهذا كله كان ذلك هو القياس[٢] فى مذهب الحنفية ، وهو رأى الشافعى واحمد ، ولذا قرر الجميع أن حق الملك يقتضى عدم التقيد قضاء ، وليس للقاضى أن يمنع المالك من التصرف فى ملكه . ولكن الديانة توجب عليه ألا يضر بالجار لتكون المودة ، ولقوله عليه السلام : «والله لا يؤمن ثلاثا قالوا : ومن يارسول الله ؟ قال ذلك الذى لا يأمن جاره بوائقه » فمن الدين والأخلاق وحسن المعاملة والسلوك القويم ألا يتصرف الجار فى ملكه بما يترتب عليه أذى بجاره ، ولكن ذلك لا يكون باجبار القضاء على مقتضى ما قرره أبو حنيفة وأصحابه .

---

(١) راجع البدائع .

(٢) يروى أن شخصا شكا الى أبى حنيفة من بئر حفرها جاره فى داره ، فقال له ابو حنيفة احفر فى دارك بجوار تلك البئر بالوعة ، ففعل ، فنزت البئر الأولى ، فكبسها ربها وترى أنه لم يذكر للشاكى أن له أن يجبر جاره على كبس البئر ، بل ذكر له تلك الحيلة وليست الا من قبيل التصرف فى الملك ، وهى ضرر قد دفع ضررا ، فسلم الفريقان من الأذى ، وهكذا يقاتل السوء بالسوء فتكون السلامه .

هـــذا ما روى عن الطبقة الأولى من الفقهاء ، وما جاء فى ظاهر الرواية وقررنا أنه القيــاس الذى يوائم القواعــد الفقهيــة ، ولـكن جاء أصحاب الفتاوى ، وغيرهم من المؤلفين والمجتهدين فى المذهب ، فاستحسنوا أن يمنع الجار من التصرف فى ملـكه تصرفا يضر بجاره ضررا بينا فاحشا ، لحديث لاضرر ولا ضرار ، ولأن الناس قد تركوا ما أوجبه عليهم الدين من وجوب رعاية الجار ، فخفت عليهم كلمة القضاء لحملهم على منع الاضرار اضطرارا ، إذ لم يقوموا به اختيارا . وليس القضاء إلا المنفذ لأحكام الشرع ما أمكن التنفيذ .

والممنوع على هذا الاستحسان ليس العمل الذى يترتب عليه مطلق الضرر ولو يسيرا ، بل العمل الذى يترتب عليه الضرر الفاحش البين ، وقد جاء فى فتح القدير حد للعمل الذى يكون سببا للضرر الفاحش البين فقال : « هو ما يكون سببا للهدم ، وما يوهن البناء سبب له ، أو يخرج عن الانتفاع بالـكلية و يمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالـكلية » ولا يعتبر من الضرر الفاحش منع أشعة الشمس ، أو سد منافذ الهواء على المساكن ؛ لأنه يمكن الانتفاع مع ذلك فى الجـلة ، وقد أحصى الفقهاء عددا من الأضرار التى تعتبر فاحشة بينة ، فمنها أن يتخذ طاحونا أو مصنع حديد ، ويثبت أن طرق الحديد ودوران الطاحون يوهن البناء ، وأن يحدث تنورا أو معصرة فى سوق الخز ، فيضر ضررا فاحشا ببضائع أهل السوق ، وأن يحفر بجوار جدار جاره بئرا أو بالوعة توهن بناء الجار ، وأن يحدث بناء فى ملـكه ما يمنع الضوء عن جاره ، بحيث لايستطيع القراءة فى النهار من شدة الظلام ، وأن يحدث شبا كا يطل منه على مقر النساء (١) .

وهذا الرأى الذى هو استحسان فى مـذهب أبى حنيفة هو مذهب مالك رضى الله عنه ، فقد جاء فى تهذيب الفروق ما نصه : « مما هو معلوم لا شك فيه أن من ملك موضعا له أن يبنى فيه ، ويرفع فيه البناء ما لم يضر بغيره ، وأن له أن

---

(١) راجع طائفة مجموعة من هذه المسائل فى مذكرة المعاملات لطلبة القسم الأول من مدرسة القضاء الشرعى .

يحفر فيه ما شاء ويعمق ما شـاء ما لم يضر بغيره » فالانتفاع بالملك عند مالك وأصحابه مقيد بقيد ، هو ألا يضر بغيره ، وهو استحسان المتأخرين عند الحنفية كما علمت .

أسباب الملك التام

§ ٥٢ — ذكرنا فى الفصول السابقة أسباب الملك الناقص ، وأسباب الحقوق التى تتعلق بالأعيان ، وما يشبهها ، والآن نتكلم فى أسباب الملك التام ، فنقول :

أسباب الملك ثلاثة أقسام : (القسم الأول) سبب منشىء للملك على الأعيان بعد أن لم يكن ثابتا فيها وهذا هو الاستيلاء على الأشياء المباحة ، ووضع اليد عليها ، فان الأشياء المباحة قبل حيازتها ووضع اليد عليها لم تكن مملوكة لأحد ، ولم يكن ثمة ملك واقع عليها ، وبالاسـتيلاء تثبت الملـكية لواضع اليد ، وهى ملـكية حادثة ، ويسمى هذا سببا فعليا من أسباب الملـكية ، لأن منشأه لم يكن قولا أو عقدا ، ولـكن منشؤه فعل وعمـل ، ولأنه سبب فعلى ، وليس بسبب قولى صح أن يكون سببا للملـكية اذا حصل من محجور عليـه ؛ فاذا استولى المحجور عليه على مباح بأن أحيا أرضا مواتا ، أو صاد صيداً أو احتش كلأً ، أو احتطب حطبا ، فقد ملـكه ، وذلك بخلاف الأسباب القولية ، فانها لا يترتب عليها الملك باطلاق من المحجور عليه ، فشراؤه مثلا لا يترتب عليه ملك له وذلك لأن التصرفات القولية هى موضع الحجر ، ولا يترتب عليها آثارها لعدم اعتبارها منشئة للحقوق والواجبات منه . وأما الأفعال فتترتب عليها آثارها ، ولذا لو جنى جناية وجب عليها أرشها ، ويؤخذ من ماله .

(القسم الثانى) أسـباب تنقل الملـكية من سلطان شخص الى غيره ، ويشمل ذلك العقود الناقلة الملـكية من بيع وهبة وصدقة وخلع بالنسبة لبدله ، ونـكاح بالنسبة لمهره ، ومن شأن هذا النوع من الأسباب أن تـكون الأموال التى تنقل ملـكيتها بسببها مشغولة بالملك قبلها ، فاذا لم تـكن مشغولة لا تنعقد سببا للملك ؛ لأن مقتضاها بالنسبة للملك أن تنقله من حيز الى حيز ، وذلك لا يكون

الا اذا كان الملك ثابتا أولا قبل العقد ، ولذا لا يصح أن يكون محل البيع مباحا من المباحات ، كما لا يصح أن يكون المباح مهرا أو بدل خلع أو محلا للصدقة أو الهبة ، لأن الملكية لم تكن ثابتة فى المباح قبل هذه العقود ، فلا يكون ثمة نقل من مالك إلى مالك ، فلا يكون مقتضى العقد ثابتا .

(القسم الثالث) سبب الملك هو خلافة الشخص لغيره فى الملكية ، وهذا يشمل الميراث والوصية ، فان الملك يصل الى الوارث والموصى له بالخلافة عن المورث والموصى ، اذ لا يملكان الا من بعد وفاته ، ووفاته شرط للملكية عنه ، ولذا لا يحتاج دخول الميراث فى ملك الوارث الى قبول منه ، وكذلك لاتحتاج الوصية الى قبول ، بل الشرط عدم الرد فيها ، بل ان الميراث يدخل فى ملك الوارث جبرا عنه من غير اختياره وارادته ، ولا يوجد من أسباب الملك ما ينتقل به الملك من غير اختيار سوى الميراث ، وزاد الزيلعى على الميراث الوصية للجنين ، فان الملك يدخل من غير اختيار أحد لعدم وجود من يلى عليه ، اذ لا يصلح لأن يكون محلا للولاية عليه . وفى الوصية ما يقرب من هذا ، وذلك اذا مات الموصى له قبل أن نعلم له قبولا أو ردا ، فان الملك يثبت له ، ولم يثبت عنه اختيار . ومن كل هذه الأوصاف والخواص يستبين أن الملك الثابت بالميراث والوصية ملك سببه خلافة الوارث أو الموصى له للمورث والموصى ؛ ولقد رتب الفقهاء على ذلك أحكاما منها أن الوارث والموصى له كلاهما يكون خصما فى إثبات الديون التى تكون على الميت ، ولو لم يكونا خليفتين له فى تركته ما كان لهما شأن فى الخصومة . ومنها أن لهما أن يقيلا البائع من البيع إذا كان البيع حادثا من المتوفى ، وتكون اقالتهما لهـا كل خواص الاقالة وأحكامها ولولا أن ملكيتهما بسبب الخلافة لكانت إقالتهما بيعا جديدا من كل الوجوه ، وما كانت لها أحكام الاقالة من حيث كونها فسخا بالنسبة لبعض الأحكام ، و بيعا بالنسبة لبعضها .

والاستيلاء على المباح يشمل أربعة أضرب : (أحدها) احياء الموات ، (وثانيها) الاستيلاء على المعادن والكنوز ، (وثالثها) حيازة الأشياء المباحة ، (ورابعها) الصيد .

إحياء الموات

§ ٥٣ — الأراضى الموات هى الأراضى التى تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها ، أو لكون طينتها غير صالحة للانبات ، ويشترط لاعتبارها مواتا أن تكون بعيدة عن العمران ، غير قريبة منه ، لأنها ان كانت قريبة من العمران انتفع بها فى غير الزراعة فتتعلق بها مصالحه ، فتكون منها طرق ، ومسايل ماء ، ومطرح قمامته ، وملقى ترابه ، ولم يختلف فى ذلك أحد من أهل العلم (١) . ولكنهم اختلفوا فى مدى هذا البعد ، فروى عن أبى يوسف رضى الله عنه أن البعد يكون بحيث لو وقف رجل فى أدنى الموات الى العمران ، ونادى بأعلى صوته لا يسمع صوته فى العمران ، فلو سمع لم تكن الأرض مواتا ، وقال محمد وهو المروى فى ظاهر الرواية انه يكفى فى البعد ألا تكون من مرافق القرية بالفعل ، فهو نظر الى حقيقة الانتفاع ، فان كانت منتفعا بها بالفعل فى مرافق العمران انتفى عنها وصف الموات ، وان كانت غير منتفع منها بالفعل بأن لم تكن من مرافق القرية اعتبرت غير منتفع بها . وتكون منفعتها فى الزراعة ، وهى غير صالحة لها فهى موات اذن .

وقد اعتمد شمس الأئمة السرخسى قول أبى يوسف مع أنه غير ظاهر الرواية على ما علمت (٢) ومذهب الشافعى فى هذا كمذهب محمد .

وترك بعض الفقهاء الحد الفاصل بين القريب والبعيد إلى العرف ومن هؤلاء الامام أحمد بن حنبل وأصحابه ، واستدل له بأن الحد لايعرف إلا بالتوقف ،

---

(١) المغنى فى كتاب احياء الموات .

(٢) راجع كتاب الزيلعى والبدائع فى احياء الموات .

ولا يعرف بالرأى والتحكم ، ولم يرد من الشارع لذلك حد ، فوجب أن يرجع فى ذلك إلى العرف كالقبض والاحراز ، فان الأمر فى تحقيق معناها إلى العرف والمشهور بين الناس ، وأى حد من غير دليل هو تحكم ، إذ ليس حد أولى من غيره ما دام ليس فى المسألة نص ، أو قياس على منصوص عليه فليس لنا إلا أن نتركه للعرف .

٥٤ — وقد اشترط صاحب الكنز فى اعتبار الأرض مواتا ألا تكون مملوكة لشخص معين معروف ، غير أن ذلك الشرط ليس لتحقيق كونها مواتا ، بل لاعتبار الاحياء سببا للملكية ، فان الأرض تعتبر مواتا إذا تحقق أنها ليست من مرافق العمران ، ولا تصلح للزراعة ، ولو كان لها مالك معروف ، غير أن الاحياء لا يكون سببا للملكية إلا اذا كانت الأرض لم يعرف لها مالك ، سواء أكانت لم يجر عليها ملك قط ، أم جرى عليها ملك ، ولكن فى غير عصور الاسلام ، أم جرى عليه ملك فى العصور الاسلامية ولم يعرف صاحبه ، فما دامت لم يعرف لها مالك[1] معين فهى موات . ولكن قد حصل خلاف بعض الفقهاء إذا كان المالك مسلما أو ذميا فى عصور اسلامية ولكن غير معروف فقد رويت بعض الروايات عن أحمد بن حنبل أنها لا تعتبر مواتا ما دامت قد ملكت فى عصور الاسلام ، لقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضا مواتا فى غير حق مسلم ، فهى له » ولأنها إذا ثبت أن لها مالكا فى الاسلام ، فهى على ملكيته ، وعدم معرفته لايزيل ملكيته لأنها له ، فان لم يكن فلورثته ، فان لم يعلم له ورثة ، فهى لبيت مال المسلمين لأنه وارث من لا وارث له ، وعلى أية حال لا تعتبر مباحا غير مملوك لأحد . ولكن كثرة الفقهاء ومنهم مالك وأبو حنيفة على أنها تملك بالاحياء لأنها لا يعرف لها مالك ، فأشبهت ما لا مالك له ، ولأنها إذا كانت مواتا

---

(١) مالك رضى الله عنه يعتبر من الموات التى يكون احياؤه سبباً للملكية الأراضى التى ملكها أصحابها بالاحياء لا بسبب آخر من أسباب الملكية اذا أهملت حتى صارت مواتا بعد الاحياء فان ملكيتها تذهب عنه وتعود مباحة كما كانت ، وسنبين ذلك فى موضعه ان شاء الله .

من القديم ، بحيث لا يعرف مبدأ لمواتها سقطت ملكيتها ، لعدم وجود محرز لها ، ولعدم صلاحيتها للانتفاع وصارت كالعادى القديم الذى ينسب الى ملاك قبل الاسلام ، ولقد قال عليه السلام « عادى الأرض لله ولرسوله ، ثم هو بعد لكم » وقد فسر القدورى رحمه الله العادى بما قدم خرابه ولو كان فى الاسلام .

§ ٥٥ — واحياء الأرض جعلها صالحة للزراعة أو للانتفاع بازالة السبب الذى جعلها غير صالحة وغير نافعة ، فاذا كان مواتها بسبب غمر المياه لها ، فاحياؤها باقامة السدود الدافعة للمياه للتمكن منها والأخذ وقت الحاجة فقط ، واذا كان مواتها بسبب عدم وصول المياه اليها فاحياؤها بشق الأنهر لتصل المياه اليها ، أو بوضع آلات رافعة للمياه لتصل اليها ان كانت عالية لا تصل المياه اليها من غير آلات رافعة ، أو بكريها وسقيها حتى تصير بتلك العملية صالحة للانبات اذا كان سبب الموات فساد تربتها . واذا أرادها قرية ، فاحياؤها ببناء حائط وتقسيمها بيوتا ودورا ونحو ذلك ، وقد ذكر فى المغنى أن فى الاحياء روايتين فى مذهب الامام أحمد بن حنبل احداهما بنحو ما ذكرنا ، والثانية « أن الاحياء ما تعارفه الناس احياء ، لأن الشارع ورد بتعليق الملك على الاحياء ولم يبينه ، ولا ذكر كيفيته ، فيجب الرجوع فيه الى ما كان احياء فى العرف ، كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحرز ، ولم يبين كيفيته كان المرجع فيه الى العرف ، ولأن الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان ، فكذلك يتعلق الحكم بالمسمى احياء عند أهل العرف ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لا يعلق حكما على ما ليس الى معرفته طريق ، فلما لم يبينه تعين العرف طريقا لمعرفته ؛ اذ ليس له طريق سواه . اذا ثبت هذا ، فان الأرض تحيي دارا للسكنى ، وحظيرة ، ومزرعة ، فاحياء كل واحدة من ذلك بتهيئتها للانتفاع الذى أريدت له . . » .

§ ٥٦ — والاحياء وحده سبب للملكية عند الصاحبين والشافعى واحمد ابن حنبل ، ما دامت الأرض لا مالك لها ، فلا حاجة لثبوت الملكية بالاحياء

الى اذن الامام ، وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يثبت الملك فى الموات بمجرد الاحيـاء ، بل لا بد مع الاحيـاء من اذن الامام .

استدل الأولون بأن الأراضى الموات ليست ملـكا لبيت المال ، بل هى مال مباح ، والمباح لمن سبقت يده اليه ، وقد سبقت اليد اليه بالاحياء ، فهو لمن أحياه ، فلا حاجة الى اذن الامام فى ثبوت الملـكية ، كمن يحتطب حطبا مباحا أو يحتش كلأ مباحا ، فانه يملك بمجرد الاحراز والاستيلاء ، وكمن يصطاد حيوانا لا مالك له فانه يملـكه بمجرد الاصطياد ، واذا كانت ملـكية هذه الأشياء لا تحتاج فى ثبوتها الى اذن الامام ، فكذلك ملـكية الموات من الأرضين لا يحتاج الشخص فى ملـكيته الى اذن الامام . بل الى الاحياء فقط ؛ لأنه هو الذى جعله الشارع سببا للملـكية ، فقد ورد فى الحديث الشريف : « من أحيا أرضا ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق » .

واستدل لأبى حنيفة بأن هذه الأرضين وان كانت لا مالك لها فى الاسلام ، هى فى سلطان الامام ، ويعتبر بولايته على البلدان واضع اليد عليها ، وليس لأحد أن يستولى على ما تحت يد الامام من غير اذن ، وقد قال عليه السلام : « ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه » ولأن ولاية الامام على أرض غير مملوكة يجعلها فى يده كالغنائم يوزعها على المسلمين ، وليس لأحد أن ينال شيئا منها بغير أن يقسم له الامام ويأذن له ، ولأن الاحياء من غير اذن الامام قد يدفع الى التزاحم ، والتنازع ، فلأجل الفصل بين الناس ولمنع النزاع بازالة أسبابه كان لا بد من اذن الامام . لتثبت الملـكية بالاحياء ، وحديث : « من أحيا أرضا ميتة فهى له » لا ينافى شرط الاذن لأنه يشـبه حديث « من قتل قتيلا فله سلبه [1] » ولم يقل أحد أن من قتل قتيلا فى الجهاد فى سبيل الله يأخذ سـلبه من غير اذن الامام ، فاذن الامام ملاحظ فى الحديثين ، منعا للتشـاح

---

(١) سلب القتيل ما يكون معه من سلاح وعتاد وقت قتاله .

والتنازع وأن لم يذكر [١] .

§ ٥٧ — والتحجير لا يعتبر من أسباب الملك ، وهو أن يضع الشخص علامة فى الأرض الموات تدل على سبقه إليها ، أو يشرع فى احيائها ، فيعد من التحجير وضع سور حول الأرض ، أو خط خطوط حولها تدل على سبق يده ، ومنها أن يقطع أشواكها ، أو يسوى عاليها بسافلها ؛ لأن ذلك شروع فى الاحياء والشروع فى الاحياء من التحجير كما علمت . وهو باتفاق الفقهاء ليس كالاحياء فى إثباته للملكية ؛ لأن الآثار المتضافرة تدل على أن وضع اليد على الأراضى الموات وضعا مجردا لا يعتبر من أسباب الملكية ، بل الآثار جعلت سبب

(١) قد حكى أبو يوسف رضى الله عنه خلافه مع شيخه فى كتابه الخراج ، فلننقله لنرطب كلامنا بكلام هذا السلف الصالح ، وليستبين للناس كيف تكون أمانة العلم ، فانه يحكى كلام شيخه وحجته ، ويحتفل ببيان وجهة نظر شيخه — وهو مخالفه — أكثر مما يحتفل ببيان حجته مع اصراره على رأيه ، وهذا كلامه رضى الله عنه : «وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول من أحيا أرضا مواتا فهى له اذا أجازه الامام ، ومن أحيا أرضا مواتا بغير اذن الامام فليست له ، وللامام أن يخرجها من يده ، ويصنع فيها ما رأى من الاجارة والاقطاع وغير ذلك . قيل لأبى يوسف ما ينبغى لأبى حنيفة أن يكون قد قال هذا إلا من شىء ، لأن الحديث قد جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : من أحيا أرضا مواتا فهى له ، فبين لنا ذلك الشىء فهل سمعت عنه فى هذا شيئا يحتج به . قال أبو يوسف : حجته فى ذلك أنه يقول الاحياء لا يكون الا باذن الامام ، أرأيت رجلين أراد كل واحد منهما أن يختار موضعا واحداً ، وكل واحد منهما منع صاحبه ، أيهما أحق ؟ أرأيت ان أراد رجل أن يحيى أرضا ميتة بفناء رجل ، وهو مقر أن لا حق له فيها ، فقال لا تحيها فانها بفنائى ، وذلك يضرنى ؟ فانما جعل ابو حنيفة اذن الامام فى ذلك ها هنا فصلا بين الناس ، فاذا أذن الامام فى ذلك لانسان كان له أن يحييها ، وكان ذلك الاذن جائزا مستقيما ، واذا منع الامام أحدا كان ذلك المنع جائزا ، ولم يكن بين الناس التشاح فى الموضع الواحد ، ولا الضرار فيه مع اذن الامام ومنعه ، وليس ما قال أبو حنيفة يرد الأثر له ، انما رد الأثر أن يقول ، وان أحياها باذن الامام فليست له . فأما من يقول هى له ، فهذا اتباع الأثر ، ولكن باذن الامام ، ليكون اذنه فصلا فيما بينهم من خصوماتهم واضرار بعضهم ببعض .

أما أنا فأرى اذا لم يكن ضرر على أحد ، ولا لأحد فيه خصومة أن إذن رسول الله صلى الله عليه وسلم جائز الى يوم القيامة . فاذا جاء الضرر ، فهو على الحديث : « وليس لعرق ظالم حق ...» عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أحيا أرضا ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق » . ثم يروى الحديث بروايات مختلفة كلها فى معنى واحد .

الملكية هو وضع اليد المشتمل على إحياء الأرض وجعلها صالحة للزراعة .

والمحتجر اذا مضى على تحجيره ثلاث سنوات اتفق الفقهاء على أنه يصبح لا حق له ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « عادى الأرض لله ولرسوله ، ثم لكم من بعد ، فمن أحيا أرضا ميتة ، فهى له ، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين » وروى مثل هذا عن عمر بن الخطاب ، فعساه يكون قد سمعه من الرسول عليه الصلاة والسلام . ولأن المحتجر اذا مضت عليه ثلاث سنين ، ولم يصلح يكون قد ضيق على الناس فى حق مشترك بينهم ، إذ لهم جميعا الحق فى احيائها وامتلاكها بهذا الاحياء ، فجاء هذا فمنع الناس عنها ، وما أحياها ، ولاترك الناس يحيونها ، فكان فى هذا المنع ظالما معتديا ، وما كان له بعد هذا حق فى إمساكها ، لأنه لا يجوز استمرار الظلم والاعتداء بهذا المنع من غير أى ثمرة ترجى منه ، ولو جاء غيره وانتزعها منه بعد الثلاث بالقهر والغلبة وأحياها تكون ملكه باتفاق الفقهاء .

هذا ما يتعلق بشأن المحجر بعد ثلاث سنوات . أما قبل ثلاث السنوات ، فله حق متعلق بها ؛ لأن يده سبقت اليها ، والسابق الى المباح أولى من غيره به ، وأحق بامتلاكه دون الناس أجمعين ، غير أن فقهاء الحنفية وغيرهم اختلفوا فى مدى هذا الحق . فقال بعض الفقهاء إنه حق ثابت ديانة لا قضاء ؛ لأن ملكيته لم تثبت قبل ثلاث سنوات ، ولكن على الناس من حيث الديانة أن يحترموا هذا الحق ، ولكن لا يلزمون به قضاء ؛ ولذا إذا جاء شخص فى مدة ثلاث السنوات وأحيا الأرض الموات كان المالك لها ؛ لأن حقه فى الملك صار أقوى من حق الآخر باليد ونظير هذا من استام شيئا ليشتريه ، أو خطب فتاة ليتزوجها يحرم على غيره ديانة أن يستام عليه ، أو يخطب على خطبته ، فاذا جاء واستام واشترى ، أو خطب وتزوج ، لم يكن لأحد أن يمنعه بقوة القضاء ، وكان زواجه صحيحا بلا ريب ، وبمثل هذا جاء فى الزيلعى وغيره (١) ، وقالوا إنه الصحيح .

وقال بعض الفقهاء : ان من أحيا فى مدة ثلاث السنوات لا يملك باحيائه

---

(١) ومثله جاء فى المغنى من كتب الحنابلة .

لأن حق المحتجر أولى من حق غيره ، والمحيي بعد تحجيره معتد عليه ؛ فلا يصح أن يكون احياؤه سببا للملكية ، لأن الظلم لا يكون سببا فى اثبات الملكية ، وقد قال عليه السلام : « وليس لعرق ظالم حق » إذ أنه السابق ، والسابق الى المباح أولى به من غيره . فكان حقه الثابت بذلك السبق أولى بالرعاية ، ولذلك لا يثبت باحياء غيره أى حق من الحقوق له .

٥٨ — والملك بالاحياء كالملك بسائر أسباب الملكية متى ثبت لشخص لا يزول عنه الا بانتقاله بسبب من أسباب الملكية ، فما لم يحدث ذلك السبب فالملكية ثابتة للمحيي ، ولو صارت الأرض بعد ذلك مواتا باهمالها وعدم تعهدها بالحرث والسقى . وهذا مذهب الشافعى ، وأحمد بن حنبل ، ومذهب أبي حنيفة . وقال مالك : إن الاحياء اذا ذهب بعودة الأرض مواتا ، قبل أن ينتقل الملك الى غير المحيي تنتهى الملكية ، ويكون لأى شخص امتلاكها بالاحياء ، وحجته فى ذلك (١) أنه فى احياء الموات جعل الاحياء علة للملك ، فاذا ذهب الاحياء ذهب الملك ، لأن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما ، فاذا ذهبت العلة بطل الحكم ، واذا وجدت وجد ، فلما صارت الأرض مواتا ، ذهبت العلة ، فلم يعد للحكم وهو الملكية وجود[1] . (٢) وأن الاحياء سبب فعلى من أسباب الملك التى ترد على المباحات ، وهى ضعيفة لورودها على غير ملك سابق ، بخلاف أسباب الملك القولية لا يبطل الملك فيها بعدم استمرارها ، لأنها ترد على مملوك فلتأصل الملك قبلها قويت إفادتها للملك لاجتماع افادتها مع افادة ما قبلها ، وكذلك

---

(١) وقد رد ذلك الدليل ابن الشاط وهو مالكى ، بأن الاحياء قد ثبت فترتب أثره ، وهو الملكية ، ولم يرتفع الاحياء الذى أوجد الملكية ، لأن الواقع لا يرتفع ؛ اذ أن الاحياء فعل من الأفعال بمجرد حدوثه سجل فى الوجود ، فلا يمكن نفيه ، وان كان يمكن ألا يستمر ، واستمرار الأسباب وبقاؤها ليس بشرط فى وجود الأحكام المسببة عن وجودها . فان الملك المترتب على الشراء أو الهبة أو الارث أو الوصية لا تستمر أسبابه ، ومقتضى كلام مالك ألا يستمر هذا الملك لعدم استمرار هذه الأسباب ، ولم يقل أحد ذلك (ملخص بتوضيح من ادرار الشروق على انواء الفروق) .

إذا ورد البيع على الاحياء ، لم ينتقض الملك بعد ذلك لتظاهر الأسباب [١] .

(٣) وأن الاحياء كالاصطياد ، واحتياز كل مباح ، اذا رفعت اليد فيه عاد مباحا كما كان ، فالسمك اذا انفلت الى النهر عاد مباحا ، والحيوان الذى صيد ، إذا توحش وتأبد ، ولم يعد لليد سلطان عليه ، الا بصيد جديد عاد مباحا كما كان ، والماء اذا حيز ، ثم اختلط بماء النهر صار مباحا كما كان . فكذلك الأرض الموات اذا عادت بعد الاحياء مواتا عادت الى ما كانت عليه من الاباحة [٢] .

واستدل ابو حنيفة والشافعى واحمد بن حنبل ، بحديث «من أحيا أرضا ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق » ، وهذا الحديث يفيد الملك باطلاق ، والملك اذا ثبت لا يزول عن شخص الا بالأسباب الناقلة له من شخص الى شخص ، ولأن الاحياء كالبيع والهبة وغيرها من أسباب الملكية ، بل كلها مبنى عليه فى الأراضى واذا كانت هذه الأسباب لا تنتهى الملكية بسببها بعودة الأرض مواتا فكذلك الاحياء لا تنتهى الملكية بسببه بعودتها مواتا .

٥٩ — والأرض الموات اذا أحييت ، أتعتبر من الأراضى الخراجية أم من الأراضى العشرية [٣] ؟ اذا أحياها ذمى تكون خراجية ؛ لأن ما يقع تحت

(١) يرد هذا الدليل بأن أى سبب من الأسباب القولية يقوم على السبب الفعلى ، وهو الاستيلاء على المباح ، فاذا كان الاستيلاء على المباح سببا ضعيفا ، فكل ما ينبنى عليه يرد عليه ضعفه ، فاذا كان المحيى للأرض ملكه ضعيف ، فمن يستفيد الملك عن طريقه يستفيد منه هذا الضعف ؛ لأنه يملك بمقدار ما يملك هو .

(٢) يرد هذا الدليل بأن هذه المقدمات تنطبق على الملكية بالبيع وغيره فالسمك اذا عاد الى النهر عاد مباحا ولو كان قد بيع ، وكذلك الحيوان اذا توحش والماء المحوز اذا اختلط بماء النهر ، فانهما يعودان مباحين ، ولو كانا قد بيعا ، ومقتضى هذا اذن أن الموات اذا بيع بعد احيائه ثم عاد مواتا عاد مباحا ، ولم يقل ذلك أحد حتى مالك رضى الله عنه .

(٣) الاراضى العشرية هى الاراضى التى فتحها المسلمون عنوة ، وقسمت بين الفاتحين ، والاراضى التى أسلم أهلها عليها من غير فتح . والاراضى الخراجية هى الاراضى التى فتحت عنوة وأقر أهلها عليها . ويظهر أثر التفرقة بين العشر والخراج فيما يؤخذ منهما من ضرائب ، فالعشرية يؤخذ منها العشر مما تنتج من زرع ان سقيت بغير آلة ونصف العشر ان سقيت بآلة ، وأما الخراجية فيؤخذ منها مقدار يقدره ولى الامر على حسب ما تطيق الارض ، ويسمى ذلك خراج وظيفة ، وقد يرى الامام أن تؤخذ نسبة معينة مما يخرج من الارض ، ويسمى ذلك خراج مقاسمة .

سلطان الذمى من الأراضى يكون خراجيا ، ولو كان قد انتقل من غيره ، بل لو كانت عشرية فى يد مسلم ، فنقلت الى ذمى تكون خراجية عند أبى حنيفة ، وعلى ذلك يكون أولى بهذا الوصف ما أحياه هو ، وأنشأ عليه ملكا مبتدأ بالاحياء . ولأن العشر من أنواع الزكاة ، فهو عبادة ، أو على الأقل فى معناها . ولا يصح أن نفرض عبادة اسلامية على غير المسلمين ؛ لذلك كانت الأرض التى يستولى عليها ذمى خراجية ، ليفرض عليها الخراج .

واذا أحياها مسلم ، فقد قال محمد : انها تتبع ماءها ، فان كانت تسقى من ماء السماء أو ببئر استنبطها فيها ، أو بماء الأنهار العظام التى لا تقع فى قبضة أحد ، فهى عشرية ، وان سقيت بماء من نهر كان قد حفره الأعاجم قبل الاسلام ، فهى خراجية ، وذلك لأن الماء هو العنصر الفعال فى الزرع ، بل هو فى أغلب الأحوال ما تحتاج اليه الأراضى الموات لأجل احيائها وجعلها صالحة للزراعة ، ولذلك تكتسب الأرض صفته ، فان كان ماء يفيض بنعمة الله من غير عمل الانسان كانت عشرية ، وان كان ماء كان لغير المسلمين عليه سلطان ، وهو فى حوزتهم ، وملكهم كانت خراجية ، لأن هذا النوع من المياه يعتبر فيئا وغنيمة ، فهو يشبه الأراضى الخراجية ؛ فما يحييه من الأراضى يكون خراجيا .

وقال ابو يوسف اذا أحياها مسلم تعتبر عشرية اذا كانت فى حيز الأراضى العشرية بأن كانت الأرض التى هى فيها عشرية ، وتعتبر خراجية اذا كانت فى حيز الأراضى الخراجية ، وذلك لأن مرافقها متعلقة بما حولها من الأراضى ، فتكون تابعة له فى الوصف ، فان كان خراجيا كانت مثله ، وان كان عشريا كانت كذلك .

٦٠ — **احياء الموات فى القانون المدنى المصرى** : الأراضى الموات ولو أنها من الأشياء المباحة بمقتضى طبيعتها معتبرة فى القانون المدنى من أملاك الدولة ؛ ولذا جاء فى المادة الثامنة ما نصه : « الأموال المباحة هى التى لا مالك لها ،

و يجوز أن تكون ملكا لأول واضع يده عليها . ولا يجوز وضع اليد على الأراضى التى من هذا القبيل الا باذن الحكومة حسب الشروط المقررة فى اللوائح والقوانين » ومن هذا يفهم أن الحكومة قد اعتبرتها ملكا لها ، وان أقرت أنها فى الأصل من الأشياء المشتركة بالاباحة الطبعية ، وقد بينت ذلك لجنة المراقبة القضائية فقد جاء فى أحد منشوراتها « ان الحكومة مالكة لجميع الأراضى التى لا يمكن أحدا أن يثبت ملكيته لها ، وعلى ذلك فمن أخذ أحجارا من أحد المحاجر سواء أ كانت مستخرجة أم استخرجها هو بنفسه يعتبر سارقا لملك الحكومة (١) » .

وعلى هذا الأساس لم يكن الاستيلاء على الأراضى الموات كافيا للملكية كالشأن فى كل الأموال المباحة كما نصت على ذلك المادة السادسة والخمسون ، بل كانت ملكية الأراضى الموات لها طرق مقررة أخرى غير مجرد الاستيلاء ، وقد ذكر الشراح أن طرق ملكيتها ثلاثة :

(١) وضع اليد عليها المدة الطويلة المقررة فى القانون ، وهى مدة خمس عشرة سنة ، وهذا سبب عام من أسباب الملكية يشمل المباح وغير المباح من الأموال ، وان كان هو فى الأراضى الموات التى هى فى أصلها على الشركة الطبعية أظهر ، وأكل اثباتا ، لأنها لم تتعلق بها ملكية أحد من الناس ، فيكون وضع اليد تلك المدة مثبتا للحق ، من غير أن ينفى حقا ثابتا يناقضه ، وعلى هذا فهو يثبت فى الأرض الموات الحق فى الملكية من غير أى ظلم يلابسه .

(٢) وضع اليد من غير تقييد بمدة معينة ، وهذا لا يثبت الملكية إلا باذن من الحكومة ، ولا بد للاذن من اجراءات أشارت اليها المادة السابعة والخمسون من القانون المدنى ، و بينها الأمر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ وخلاصتها أنه لا بد من تسليم الأرض بمعرفة مندوب من المديرية ، وتصديق

---

(١) هامش كتاب الملكية العقارية فى مصر للاستاذ الكبير الدكتور محمد كامل مرسى بك ص ٩٨ .

مجلس الوزراء ، وتحرير حجة مشتملة على شروط الاعطاء [١] ، وان كان تحرير تلك الحجة من حيث قوته محلا الخلاف فى الفقه وفى القضاء ، فبعضهم يعتبره جزءا متمما لاجراء نقل الملكية ، و بعضهم يعتبره دليلا على النقل ، وليس جزءا من أسبابه .

(٣) الزرع أو الغرس ، أو البناء ، فاذا زرع شخص فى الأراضى الموات ، أو بنى فيها بناء أو غرس أشجارا اعتبر مالكا لها بهذا العمل ، بشرط ألا تنقطع يده عنها مدة خمس سنين فى الخمس عشرة سنة التالية لاحياء الموات . وقد نصت على هذا ، وعلى ما سبقه المادة السابعة والخمسون من القانون المدنى ، وهذا نصها : « أما الأراضى الغير المزروعة المملوكة شرعا للميرى ، فلا يجوز وضع اليد عليها ، الا باذن الحكومة ، ويكون أخذها بصفة ابعادية تطبيقا للوائح . انما كل من زرع أرضا من الأراضى أو بنى عليها ، أو غرس فيها غراسا يصير مالكا لتلك الأرض ملكا تاما ، لكنه يسقط حقه فيها بعدم استعماله لها مدة خمس سنوات فى ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها » .

وهنا يثار بحث فى نقطتين احداهما فى مدة خمس السنوات أهى خمس متتابعة أم يجوز أن تكون متفرقة ؟ وثانيتهما فى اذن الحكومة بالبناء أو الغرس أو الزرع أهو لازم أم غير لازم ؟ أما عن الأولى منهما فعبارة القانون ليس فيها نص مبين صريح بتعيين أى الحالين ، ولذلك يصح أن يقال ان النص لم يشترط أن تكون السنون الخمس متتابعة ؛ فتشمل الحالين حال التتابع وحال التفرق ، ولا يصح ايثار احداهما على الأخرى بالاعتبار ، وعلى هذا فتى ترك الاستعمال خمس سنوات ولو متفرقات فى مدة الخمس عشرة سنة سقطت الملكية . ويصح أن يقال ان خمس السنوات يجب أن تكون متتابعة ، لأنها المتبادر الى الفهم من عبارة القانون ، والقوانين تفهم بظواهر دلالاتها أولا ، ولأن الملكية ثبتت بالغراس أو البناء أو الزرع ، فلا تسقط الا بلفظ صريح فى الاسقاط ، ظاهر الدلالة فيه قاطع

---

(١) راجع فى كل هذا كتاب الملكية العقارية فى مصر لاستاذنا الجليل الدكتور محمد كامل مرسى بك .

غير قابل لاحتمال غيره ، وذلك لا يكون الا اذا كانت السنوات الخمس متتابعة ، أما غير المتتابعة ، فليست الدلالة عليها بظاهر النص أو قطعية فيه ، بل هى احتمال فيه ، ولا تسقط الملكية الثابتة بالاحتمال[١] . « ولأن قصد الشارع أن تكون مدة عدم الاستعمال متتابعة ؛ لأن عدم الاستعمال لمدة طويلة يدل على نية الترك بخلاف عدم الاستعمال مدة قصيرة ونحن نفضل هذا الاستنباط»[٢] .

وأما لزوم اذن الحكومة بالبناء أو الغرس أو الزرع فقد اختلف القضاء فيه ، فبعض المحاكم لم يشترط الاذن و بعضها اشترطه ، بل تثبت الملكية بمجرد الاحياء فى نظره .

وقد احتج الفريق الأول : (١) بأن المادة ٥٧ ذكرت حالين احداهما حال الملك بالاذن ، والثانية حال الملك بالغرس أو البناء أو الزرع ، ولاشك أن الحالين يجب أن تكونا مختلفتين من حيث الحكم والأثر ، ولا اختلاف بينهما الا من حيث الاذن وعدمه ، فقدكان الاذن عماد الملكية فى الحال الأولى ، فلوكان عمادها فى الثانية ما كان لذكرها معنى ، ولكانت لغوا من القول ، وذلك ما لا يعقل وجوده فى نصوص القوانين (٢) وبأن الحكمة فى وضع الفقرة الثانية من المادة المذكورة تشجيع الناس على استغلال الأراضى الموات ، حتى تنمو بذلك ثروة البلاد ، وهذا يجعل للزارع والغارس والبانى ميزة على غيرهم من المستولين على الأراضى الذين يسمح لهم استيلاؤهم بالملكية ، وذلك لا يكون الا باعفائهم من الاذن الذى يجب فى ملكية غيرهم ، والا كانوا معهم سواء ، بل انهم يكونون أدنى حالا منهم ؛ لأن ملكيتهم تسقط بالترك خمس سنوات فى مدة خمس عشرة سنة ، بينما لا تسقط ملكية من أخذوا بصفة ابعادية بذلك ، وذلك تخريج بعيد عن الانصاف بعده عن المعقول .

---

(١) فى أصول الفقه الاسلامى قاعدة ، لو طبقت فى هذا المقام لرجحت اشتراط التتابع ، وتلك القاعدة هى أن المطلق اذا أطلق ينصرف الى الفرد الكامل ، ولفظ خمس سنين مطلق فينصرف الى الفرد الكامل ، وهى خمس السنين المتتابعة .

(٢) راجع كتاب الملكية العقارية فى مصر المنوه عنه سابقا .

(٣) وانه لا خطر على الحكومة ولا خوف على أراضيها من الملكية ، بغير اذن ، لأن الأراضى الموات اذا أحياها غارس أو بان أو زارع استفادت منها الحكومة بزيادة الثروة واتساع العمران ، وذلك يدر على مالية الحكومة أموالا من الضرائب التى تفرضها على الأرض بعد احيائها بعد أن كانت لا تستفيد منها شيئا قليلا أو كثيرا .

وقد احتج الفريق الثانى بأن من يريد الانتفاع بأى جزء مما تملك الدولة لا يستطيع الانتفاع به الا باذنها ولا يتصور أن ملك المنفعة أو حق الانتفاع يحتاج الى الاذن ، ولا تحتاج الملكية التامة الى الاذن . والفرق بين فقرتى المادة ٥٧ ليس فى الاذن وعدم الاذن ، ولكن الفرق فى أن الغرس أو البناء أو الزرع يجعل الملك تاما بمعنى أنه ليس للحكومة أن تسحب الاذن الا اذا سقطت الملكية بالترك المنوه عنه [١] ، وأما عند عدم الزرع أو البناء أو الغرس ، فللحكومة أن تسحب الاذن فى أى وقت شاءت .

(٢) وبأنه وإن كان من فائدة الحكومة إحياء موات الأراضى تصبح أراضيها عرضة للضياع ، اذا كان كل غارس وبان وزارع يصبح مالكا بمجرد غرسه أو زرعه أو بنائه ، وقد يضيع الصالح بجوار غيره اذا فتح الباب على مصراعيه ، فالأولى سد الذرائع بجعل الملكية للموات محصورة فى الاذن ، والمادة ٥٧ تقبل ذلك [٢] ، ولا تمنعه .

٦١ — من كل ما تقدم يستفاد أن القانون المدنى يتقارب من مذهب أبى حنيفة فى الجملة ، فهو لم يعتبر الأراضى التى لا مالك لها من الناس خالية من الملاك ، بل اعتبرها ملكا للدولة ، وهى بهذا تمتاز عن سائر المباحات ، وبما يقرب من ذلك قال أبو حنيفة ، ولم يعتبر مجرد إحياء الموات فى نظر القانون المدنى سببا للملكية ، بل اشترط فى بعض تخريجاته ، وهو ما نميل اليه اذن ولى الأمر مع الاحياء ؛ ليكون الملك تاما .

(١) وهو ترك مدة خمس السنوات من غير استغلال فى مدة الخمس عشرة سنة .

(٢) قد لخصنا أدلة الفريقين من كتاب الملكية العقارية فى مصر .

وموضع الخلاف بين الفقه والقانون أن القانون المدنى اعتبر وضع اليد بالاذن سببا للملكية مع أن أحدا من الأئمة لم يقل ذلك فى الاحياء ، لأن التحجير لا يعتبر سببا للملكية باتفاق الأئمة ؛ الا اذا فرضنا أن الاذن من الحكومة تمليك وهبة ، وعلى ذلك لا يكون السبب فى الملكية وضع اليد ، ولكن السبب الهبة والاعطاء ، وعلى أى حال يلاحظ أن فى هذا فرقا بين الشريعة والقانون فى الاحياء ، ولكن يلاحظ أن المادة السابعة والخمسين عبرت بالأراضى غير المزروعة وربما شمل ذلك الموات وغيره من الأراضى ؛ اذ عسى أن يكون من الأرض غير المزروعة ما هو صالح للزراعة ، ولكن الاهمال هو الذى جعلها غير مزروعة .

وهناك فرق آخر بين القانون والأقوال الراجحة فى الشريعة ، وهو سقوط الملكية بعد الزرع والاحياء ، اذا ترك الاستعمال خمس سنوات ، فان أكثر الفقهاء لا يقر سقوط الملك بعد الاحياء ، ولو عاد مواتا ، وخالف فى ذلك مالك فقط . ومع ذلك لا نرى فى مذهبه تقدير الترك بخمس سنوات ، ولا تقييدها بأن يكون فى مدة خمسة عشر عاما من تاريخ الاحياء ، وعلى أية حال نرى أن القانون فى هذه الجزئية أقرب الى مذهب مالك من غيره .

الاستيلاء على الركاز

§ ٦٢ — الركاز فى اللغة جمع ركزة ، وهى القطعة من جوهر الأرض المركوز فيها ، ويصح أن يكون اسم جنس جمعى مفرده ركازة ، وهى بمعنى ركزة ، وعلى ذلك فالركاز كل ما يشتمل عليه باطن الأرض من جوهر ، هو فيها بأصل خلقها وتكوينها ، كالذهب والفضة ، والأحجار الكريمة ، والفحم الحجرى ونحوه ، ويسمى معدنا ، أو بوضع الانسان ، ويسمى كنزا ، ولقد جاء فى القاموس ما نصه : « الركاز ما ركزه الله تعالى من المعادن أى أحدثه ودفين أهل الجاهلية ، وقطع الفضة والذهب من المعدن وأركز وجد الركاز [١] » وعلى ذلك يكون

(١) ويمثل ذلك ورد فى أساس البلاغة للزمخشرى . ولذا جاء فيه : « أركز : أصاب ركازا أو معدنا أو كنزا » .

التفسير اللغوى للركاز شاملا للمعادن والكنوز سواء أكانت مودعة باطن الأرض قبل الاسلام أم كانت مودعة بعده .

ولكن عرف بعض الفقهاء خالف ذلك العموم اللغوى ، ولذا جاء فى النهاية لابن الأثير ، عند تفسير كلمة الركاز فى الحديث : «وفى الركاز الخمس» ما نصه : «الركاز عند أهل الحجاز[١] كنوز الجاهلية المدفونة فى الأرض ، وعند أهل العراق المعادن ، والقولان تحتملهما اللغة ؛ لأن كلا منهما مركوز فى الأرض أى ثابت ، يقال ركزه يركزه ركزا إذا دفنه» .

وهنا نجد الفقهاء قد اختلفوا فى معنى الركاز الوارد فى الحديث السابق ، فمالك والشافعى وكثيرون من الفقهاء يقصرون الركاز على دفين أهل الجاهلية ، وأبو حنيفة والثورى وغيرهما يقولون إن الركاز يشمل نوعين : المعدن ، والكنز ، لأنه فى اللغة كذلك ، وليس ثمة من مقتض للتفريق بين المعنى اللغوى والشرعى ، وجعل هذا أخص من ذلك ، والتخصيص تحكم ، لادليل عليه . بل قد ذهب بعضهم الى أن الركاز حقيقة فى المعدن مجاز فى الكنز سواء أكان جاهليا أم إسلاميا وان ذلك الاختلاف كان أساس اختلاف الآراء الفقهية .

٦٣ — وقد انبنى على اختلاف الفقهاء فى معنى الركاز اختلافهم فى أحكام المعادن التى تكون فى باطن الأرض ، فمالك رضى الله عنه لم يخمسها لأنها ليست ركازا ، وعنده قولان فى أحكام المعادن وقد ذكرهما ابن رشد فى مقدماته (أحدهما) أن المعادن ملك للامام ، وليست بملك لصاحب الأرض والأمر فيها الى الامام يقطعها لمن يشاء ، ويعطيها لمن يعمل فيها بوجه الاجتهاد طول حياته أو مدة من الزمان من غير أن يملك أصلها ، وتؤخذ منه الزكاة ان كان فيها زكاة ، ولقد قطع النبى صلى الله عليه وسلم لبلال بن الحارث المزنى معادن من معادن القبلية[٢] ، وكان لا يأخذ منها الا الزكاة ، ولأن الذهب والفضة فى الأرض أقدم

(١) الراجح أنه يريد من أهل الحجاز وأهل العراق فقهاء الحجاز ، وفقهاء العراق ، ولا يصح أن يريد عموم الناس فى الاقليمين ، والا كان ذلك اطلاقا لغويا مختلفا فى الاقليمين ، ويكون مناقضا لقوله بعد ذلك : والقولان تحتملهما اللغة .

(٢) نسبة لقبل موضع على ساحل البحر بينه وبين المدينة سير خمسة أيام .

من ملك المالكين ، وملكهم انما عرض لظاهر الأرض دون ما فى جوفها ، فيبقى ما فى جوفها فيئا للمسلمين ، يتولاه عنهم ولى أمرهم ، وينفق فى مصالحهم .

وهذا القول يتفق مع ما يدعو اليه الاشتراكيون فى أوروبا ، فهم يدعون الى أن تكون المناجم ملكا للدولة ؛ لأنها مصدر عظيم للثروة ، يدر الربح الكثير من غير عمل يتناسب مع ما تأتى به من در وخير ، وملكيتها للآحاد يؤدى الى أن يكون فى الدولة قوم ينالون الخير كله من غير عمل ، وبجوارهم من ينالهم التعب والنصب من غير أن ينالوا خيرا يتفق مع ما بذلوا من كد ولغوب . والثروة لا تكون موزعة توزيعا عادلا متناسبا يجعل حياة الجماعة منسجمة متلائمة ، إذ يكون بعض الناس يملكون القناطير المقنطرة من الذهب والفضة والخيل المسومة والأنعام والحرث ، والسيارات قد خرجت على الناس بزينتها أو ما تحمل من متع الحياة ولهوها مخترقة الميادين والسبل ، وبجوار هؤلاء الرافهين بزخرف الحياة الدنيا وزينتها قوم لا يجدون ما يتبلغون به ، قد علتهم صفرة ترهقها قترة من شدة الجوع والفاقة ، فكان من العدل أن تكون المناجم ، وهى تدر الخير الوفير من غير عمل كثير ملكا للدولة ، وتوزع أنزالها على الفقراء والمساكين والمتعطلين ، والغارمين ، وفى سبيل الله وابن السبيل .

هذه وجهة نظرهم فى هذا الزعم ، وتلك نتيجة مقدماتهم . ولا شك أن ذلك القول من مذهب مالك يتلاقى فى جملته مع بعض ما تنتجه مقدماتهم ، وبعض ما ترمى اليه آراؤهم .

القول الثانى أن المعادن تابعة للأرض ، فان كانت فى أرض حرة أو فى أرض العنوة [1] أو فى الفيافى والجبال التى هى غير مملوكة لأحد كان أمرها الى الامام يقطعها لمن يعمل فيها ، أو يعامل الناس على العمل فيها لجماعة المسلمين على ما يجوز له ، ويأخذ منها الزكاة ان كانت الزكاة فيها واجبة . وان كانت فى أرض مملوكة فهى لصاحب الأرض ؛ لأنها تكون بمنزلة ما ينبت فيها من نبات . وقد

---

(١) الأرض العنوة (الأرض الخراجية) وهى مملوكة للدولة فما فى جوفها ملك لها أيضا .

رد هذا الدليل بأن المقايسة ليست كاملة بين الزرع والمعادن ؛ لأن الزرع ينبت بعد الملك ؛ فهو ثمرة من ثمراته ، وأما المعادن فهى فى الأرض من قبل طروء الملك عليها ، وما كانت داخلة فى ملك المالك عند وجود أسبابه .

وعلى هذا القول تكون الزكاة واجبة فى الذهب والفضة بمجرد العثور عليهما اذا كانا قد بلغا نصاب الزكاة ، ولا يشترط أن يحول الحول لوجوبها ، بل لا يشترط أن يكون الرجل غير مدين كالشرط فى زكاة النقدين ، وذلك لأن الذهب والفضة لما وجدا فى الأرض كانا نماء لها ، فأشبها الزرع من هـذه الناحية ، والزرع تجب فيه الزكاة من غير اشتراط الحول ، ومن غير اشتراط الخلو من الديون .

غير أن الزكاة ، وهى ربع عشر الخارج تجب فى معدن الذهب والفضة اذا خرج بجهد ومشقة وعمل كثير ، أما اذا خرج بغير جهد كبير ، بل بعمل يسير أو بغير عمل ففيه الخمس لبيت المال . ولا يكون فيه مقدار الزكاة فقط ؛ لأنه فى هذه الحال يشبه دفين الجاهلية ، وفيه الخمس لبيت المال .

٦٤ — هذا مذهب مالك فى المعدن ، ومذهب الشافعى فيه ، قريب من القول الثانى فهو لا يرى أن ليس فى غير الذهب والفضة من المعادن شىء يؤخذ ، ويرى أنه لا يؤخذ شىء إلا اذا بلغ ما استخرج من باطن الأرض حد الزكاة ، لأن ما يؤخذ انما هو على سبيل الزكاة ، ويختلف عن القول الثانى فى مذهب مالك فى ثلاث نقط (الأولى) أن الأرض المباحة يكون المعدن فيها على مذهب مالك للامام ، على ما ذكرنا ، وأما عند الشافعى ، فيكون المعدن لمن وجده ، وتجب الزكاة ان بلغ نصابا . (الثانية) أن الزكاة هى الواجبة سواء ما استخرج كان بجهد يسير أم بجهد كبير وذلك عند الشافعى ، أما مالك ، فقد علمت أن الخارج بجهد يسير أو بغير جهد قط ، فالواجب فيه الخمس . (الثالثة) أن الحول شرط فى بعض الأقوال عنـد الشافعية ، ولذا جاء فى المهذب ما نصه : « ويجب حق المعدن بالوجود ، ولا يعتبر فيـه الحول فى أظهر القولين ؛ لأن الحول يراد لتكامل النماء وبالوجود يصل النماء ، فلم يعتبر فيه الحول كالعشر ، وقال البويطى لا يجب حتى يحول الحول ؛ لأنه زكاة فى مال تتكرر فيه الزكاة ، فاعتبر فيها الحول كسائر الزكوات .

٦٥ — هذا قول الامامين الجليلين الشافعى ، ومالك فى المعدن ، و بنوا أقوالهما على أن المعدن غير الركاز ، ولو كان المعدن داخلا فى عموم الركاز لـكان داخلا فى عموم الحديث الشريف : «وفى الركاز الخمس» ، أما الحنفية ، فهم يعدون المعدن من الركاز ، ولذا يقولون إن المعادن التى تذوب بالنار يجب فيها الخمس ؛ لأن كلمة الركاز تشمل المعادن التى تذوب بالنار ، بل على التحقيق الركاز حقيقة فيهـا مجاز فى غيرها ، ولنترك القلم لأبى يوسـف رحمه الله يوضح المذهب ، فقد قال فى كتاب الخراج ما نصه : « فى كل ما أصيب من المعادن من قليل أو كثير الخمس ، ولو أن رجلا أصـاب فى معدن أقل من وزن مائتى[1] درهم أو أقل من وزن عشرين مثقالا فان فيه الخمس ، ليس هذا على موضع الزكاة ، انما هو على موضع الغنائم ، وليس فى تراب ذلك شىء . انمـا الخمس فى الذهب الخالص ، وفى الفضة الخالصة ، والحديد والنحاس والرصاص . ولا يحسب لمن استخرج ذلك من نفقته عليـه شىء الابعد تصفيتها ؛ قد تـكون النفقة تستغرق ذلك كله ؛ فلا يجب اذن فيه خمس عليه ، وفيه الخمس حين يفرغ من تصفيته قليلا كان أو كثيرا ، ولا يحسب له من نفقته شىء . وما استخرج من المعادن سوى ذلك من الحجارة ، مثل الياقوت والفيروزج والـكحل والـكبريت والمغرة فلا خمس فى شىء من ذلك انما ذلك كله بمنزلة الطين والتراب . ولو أن الذى أصاب شيئا من الذهب أو الفضة ، أو الحديد ، أو الرصاص ، أو النحاس كان عليه دين فادح لم يبطل ذلك الخمس عنه ، ألا ترى لو أن جندا من الأجناد أصابوا غنيمة من أهل الحرب خمست ، ولم ينظر أعليهم دين أم لا ، ولو كان عليهم دين لم يمنع ذلك من الخمس » .

ولم يقتصر أبو يوسف فى أخذ الخمس على ما يستخرج من باطن الأرض ، بل أوجب أخذ الخمس فيما يدسره البحر من حلية ولألىء ؛ ولذا قال فى كتاب الخراج : « وسألت يا أمير المؤمنين عما يخرج من البحر من حلية وعنبر ، فان فيما يخرج من البحر من الحلية والعنبر الخمس ، وأما غيرهما فلا شىء فيه ، وقد

(١) وزن مائتى الدرهم من الفضة أو العشرين مثقالا من ذهب هى نصاب الزكاة .

كان أبو حنيفة وابن أبي ليلى رحمهما الله يقولان : ليس فى شىء من ذلك شىء؛ لأنه بمنزلة السمك . وأما أنا فانى أرى فى ذلك الخمس ، وأربعة أخماسه لمن أخرجه ، لأنا قد روينا فيه حديثا عن عمر رضى الله عنه ، ووافقه عليه عبدالله بن عباس ... فقد روى عبد الله بن عباس أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه استعمل يعلى بن أمية على البحر ، فكتب اليه فى عنبرة وجدها رجل على الساحل يسأله عنها وعما فيها ، فكتب اليه عمر : « انه سيب من سيب الله ، فيها وفيما أخرج الله جل ثناؤه من البحر الخمس » وقال عبد الله بن عباس : « وذلك رأيى » .

§ ٦٦ — والذى يستفاد من كلام أبى يوسف فى كتاب الخراج بصدد بيان مذهبه ومذهب سائر الحنفية ومما تذكره كتب الفقه أن المعادن ثلاثة (١) معادن صلبة تذوب بالنار وتنطبع ، كالذهب والفضة والحديد والنحاس وغيرها ، مما يشبهها من فلزات الأرض ، (٢) ومعادن صلبة غير قابلة للانطباع والذوب بالنار كالجص والكحل ، والفحم الحجرى ، والماس ، والأحجار الكريمة التى تستخرج من باطن الأرض ، (٣) ومعادن سائلة كالزئبق والنفط . وقد جعل الخمس فى القسم الأول باتفاق الحنفية وحجتهم فى ذلك :

١ — أن جل الأراضى الخراجيــة والعشرية كانت تحت أيدى غير المسلمين ، ولما فتحها الله على المسلمين صارت بمقتضى هذا الفتح فى قبضة ولى أمر المسلمين يصرفها فى مصلحة المســلمين بما يراه أقرب الى الاصلاح والعدل ، وأبعد عن الظلم والفساد ، فاما أن يبقيها فى يد المغلوبين ، ويفرض عليها خراجا ، واما أن يوزعها على الفاتحين ، ويأخذ منها العشر مما تنتج من زرع ، وسواء أأبقاها فى أيدى أصحابها أم انتزعها ووزعها على الغزاة فتصرفه فيها لا يعدو ظاهر الأرض وأجزاءها التى هى من جنسها كالأحجار والمعادن الحجرية ، أما المعــادن التى ليست من جنس الأرض ، وهى الفلزات التى تذوب بالنــار وتقبل الطرق والسحب فالتصرف لم يتناولها ، وهى باقية على أصل يد الأمام ، ويكون حكمها حكم سائر الغنائم . والغنائم خمسها لبيت المال ، قال الله تعــالى : « واعلموا أنما

غنمتم من شيء فان لله خمسه ، وللرسول ، ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل » و إذن فالمعادن التى توجد فى الأراضى التى لا مالك لها ، يكون خمسها لبيت المال ، لأن لها حكم هذه الغنائم ، وأربعة الأخماس تكون للواجد ، وقد يقال إن مقتضى منطق هذه الفكرة . وتساوق أجزائها أن ترد أربعة الأجزاء للغزاة من الفاتحين بمقتضى أحكام الغنائم المقررة فى الفقه الاسلامى ، فان لم يكونوا على قيد الحياة فلورثتهم ، فان لم يعرف الفاتحون أو ورثتهم فلبيت المال ، وقد أجيب عن هذه بأن أيدى الفاتحين كانت ثابتة على ظاهر الأرض بمقتضى الفتح ، وثبوتها على ما فى باطنها حكمى على أنه ثمرة للاستيلاء على الظاهر ، وقد كان هذا كافيا لاثبات خمس بيت المال . ولكن لا تكفى تلك اليد الحكمية لاثبات حق للغانمين ؛ لأن يد الواجد يد حقيقية ، واليد الحكمية لا تعارض اليد الحقيقية فى اثبات الملكية ، لذلك كان الواجد أولى بأربعة الأخماس من الغانمين [١] .

ب — قال الرسول صلى الله عليه وسلم : « العجماء جبار [٢] ، والبئر جبار ، والمعدن جبار ، وفى الركاز الخمس » . وقد أخذ أبو حنيفة وأصحابه من هذا الحديث دليلا على أن المعادن تجب فيها الخمس إذا كانت من غير جنس الأرض ؛ لأن كلمة الركاز تشملها إذ الركاز جمع ركزة أو ركازة ، وهما يطلقان على جواهر الأرض المدفونة فيها ، وعلى ذلك يكون فى المعادن التى تعتبر دفينة فى الأرض — وهى ماليس من جنسها — الخمس لبيت المال بمقتضى الحديث .

ولا ينفى هذا الاستدلال ، قول النبى صلى الله عليه وسلم فى صدر الحديث ، والمعدن جبار أى هدر لأن ذلك ليس معناه لا شيء فيه من الواجبات والفرائض المالية الواجبة لبيت المال ؛ بل ان المراد أن من يهلك بسببه أو من يهلك بسبب

---

(١) راجع فى هذا الهداية وفتح القدير والعناية والزيلعى والبدائع .

(٢) جبار معناه هدر ، ففسره المالكية والشافعية بمعنى انه لا شيء فيه خمسا أو غيره ، والركاز على هذا يجب أن يكون شيئا غير المعدن ، وفسروه بأنه دفين الجاهلية من الكنوز .

العجماء أو بسبب الوقوع فى البئر ، فقد هلك من غير دية واجبة ، ويطل دمه ويذهب هدرا ، وقد كان العرب قبل الاسلام اذا عطب الرجل منهم فى قليب [(١)] جعلوا القليب عقله ، واذا قتلته دابة جعلوها عقله ، واذا قتله معدن جعلوه عقله [(٢)] ، فبين النبى صلى الله عليه وسلم أن شيئا من هذه الأشياء لا يكون عقلا لمن يقتل بسببها من غير تسبب أصحابها . وناسب بعد بيان حكم المعادن والمناجم إذا قتل فيها شخص أن يبين حق بيت المال فيها ، وهو حق الله سبحانه وتعالى ، فبين أنه الخمس ، وعلى ذلك لا يكون صدر الحديث منافيا لتفسير الركاز بما يشمل المعادن ، بل على النقيض من ذلك يمهد له ، ويهيىء الأذهان لتقبله . وفى الحق ان ذلك الحديث موضع تنازع الشافعية والحنفية فى الاستدلال ، فالشافعية اتخذوا منه دليلا على أن المعادن لا خمس فيها ، لأن صدر الحديث يبين أنها جبار لا شىء فيها ، وأن الركاز مقصور على دفين الجاهلية ، والحنفية يتخذون من الحديث حجة لهم على النحو الذى بيناه ، وإنا نميل الى تخريج الحديث على مقتضى مذهب الحنفية ، لأننا لو فسرنا كلمة جبار بمعنى لاشىء فيه ، كان المعنى أن كل معدن لا شىء فيه ، وكل دابة لا شىء فيها مع إجماع العلماء على أن من الدواب ما فيه الزكاة ، ومن المعادن ما فيه الزكاة ، وإذن فالأولى أن تفسر كلمة جبار بما لا يتنافى مع ما هو مقرر فى الشرع الاسلامى ، وهو ما فسرها به الحنفية ، وهذا التفسير فوق ذلك مأثور ، فهو أحرى بالقبول .

جـ — قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « فى السيوب الخمس » والسيوب هى عروق الذهب والفضة ، واذا كان الذهب والفضة قد وجب فيهما الخمس ، فكل ما يشبههما فى خواصهما من قابليته للانصهار والتمدد بالحرارة والطرق والسحب والانطباع له حكمهما ، لأنه ليس من جنس الأرض مثلهما ، فهو دفين فيها فله حكمها .

---

(١) القليب البئر والعقل الدية .

(٢) راجع فى هذا كتاب الخراج لأبى يوسف .

§ ٦٧ — واذا كان الخمس فى المعادن القابلة للانطباع لبيت المـال فأربعة الاخماس للواجد ، وذلك بالاتفاق عند الحنفية اذا كانت الأرض ليس لها مالك. واذا كانت الأرض مملوكة ملكا خاصا ، ففى المسألة روايتان : رواية أنه لا خمس فيها لبيت المال ، بل يكون كل المعدن لمالكها ؛ وذلك لأن المالك قد ملك الأرض بكل أجزائها ، ولا شك أن المعادن كيفما كان نوعهـا تعتبر من أجزاء الأرض ، لا من دفائنها ، وعلى ذلك يكون لها حكم الأرض فى ملكيتها لصاحبها ، والرواية الثانية — وهى رواية الجامع الصغير عن أبى حنيفة وهى رأى الصاحبين — أنها يؤخذ منها الخمس ، وأربعة الأخماس تكون للمالك ، وهذا هو الراجح ، لما ذكرنا من الأدلة ، وما سقناه من البراهين ، فانها بعموم ماتنتج من أحكام تشمل معادن الأراضى المملوكة والأراضى غير المملوكة ، ولا دليل على تخصيصها بمعادن غير المملوكة ، فما لم يقم الدليل ، فالنتيجة على عمومها .

٦٨ — وان كان هذا المعـدن فى دار لا فى أرض زراعية ، فقد اختلف فيه الامام وصاحباه ، فالصاحبان يريان أن فيه الخمس لبيت المـال ، وأربعة الأخماس للمالك ؛ لعموم الأدلة التى تثبت أن فى المعادن الخمس لبيت المال ، وقد بيناها فى النبذة السابقة .

وقال الامام : انها لا خمس فيها ، بل كلها لمالك الأرض ، وحجته فى ذلك أن الضرائب المالية لا تفرض على الدور فى الاسلام ؛ لأن المفروض فى الدور أنها من حاجات الانسان الأصلية ، وقد كانت كذلك فى غابر الأزمان فى عصر ازدهار النهضة الفقهية الاسـلامية ، بل كانت الضرائب خراجا أو عشرا على الأراضى الزراعية ، واذا كانت الدور بمقتضى ما تنتجه قواعد الفقه الحنفى ليس عليها مؤن ولا فرائض مالية ، فكذلك كل مايتصل بها ، وكل ما هو من أجزاء أرضها لا مئونة فيه ، ولا ضرائب تجبى منه ، والمعادن كيفما كانت حالها جزء من أرض الدار إن وجدت فيها فلها حكمها ، فلا يكون ثمة فريضة مالية ، وعلى ذلك لا يكون فيها خمس .

§ ٦٩ — تبين مما تقدم أن المعادن التى تقبل الانصهار بالنار والانطباع فيها الخمس باتفاق فقهاء الحنفية فى الجملة ، وان اختلفوا فى بعض التفصيل على النحو الذى ذكرناه ، وقد اتفقوا على أنه لا خمس فى المعادن الحجرية ، لأنها جزء من الأرض ومن جنسها ، فهى تابعة للأرض من كل الوجوه ، فان كانت الأرض لا مالك لها ، فهى لواجدها ، وان كانت الأرض مملوكة فهى لمالكها ، وكذلك اتفقوا على حكم المعادن السائلة ما عدا الزئبق ، فلا خمس فيها بالاتفاق ، لأنهـا تشبه الماء ، فهى لمحرزها ؛ لأن الماء يملك بالاحراز ، ولا خمس فيه لبيت المال .

ولـكنهم اختلفوا فى موضعين : أحدهما فى الزئبق أفيه الخمس أم لا خمس فيه ؟ وفى لآلىء البحار أفيها الخمس أم لا . فأما الزئبق ، فقد قال أبو حنيفة ومحمد رضى الله عنهما ان فيه الخمس لأنه يشبه الرصاص ، فهو من الفلزات المعدنية وان كان سائلا . وقال أبو يوسف انه سائل ، فهو كالزيوت الأرضية كالبترول ونحوه ، وقد كان هذا رأى أبى حنيفة ، والأول رأى أبى يوسف ، ولـكن رجع كلاهما عن رأيه الى الآخر ، فقد جاء فى البـدائع وشرح الزيلعى أن أبا يوسف قال : « سألت أبا حنيفة عن الزئبق ، فقال لا خمس فيه ، فلم أزل به حتى قال فيه الخمس ، وكنت أظن أنه مثل الرصاص والحديد ، ثم بلغنى بعد ذلك أنه ليس كذلك ، وهو بمنزلة القير والنفط » .

وأما ما يوجد فى البحار من لآلىء وعنبر ، بل ذهب وفضـة وغيرهما من المعادن فلا خمس فيه عند أبى جنيفة ومحمد ؛ لورود الآثار عن ابن عباس أنه قال لا خمس فيه ، ولأن سبب الخمس فى المعادن التى ذكرناها يد الامام على الأراضى المفتوحة ، وما فى باطنها ، وليس للامام يد على البحار ، ولأن ما يؤخذ من البحار يشبه الأسماك التى تصاد منها وليس لبيت المال الخمس فى الأسماك .

وقال أبو يوسف فيما يلقيه البحر الخمس ، وحجته فى ذلك أن عمر رضى الله عنه أخذه منه .

§ ٧٠ — ماذكرناه كله كان فى المعادن ، وهو خلاصة آراء الأئمة فيها ، أما الكنوز ، فقد اتفق الفقهاء على أن ما كان عليها شعار يدل على أنها دفنت فى الأرض بعد الاسلام فهى كنوز اسلامية ، تجرى عليها أحكام اللقطة ، فيعرف لاقطها عنها المدة المقررة لأمثالها من الأشياء ، فان عرف مالكها أخذها ، وان لم يعرف مالكها ، تصدق بها على الفقراء والمساكين وغيرهم من مصارف الصدقات ، ولا مانع حينئذ من أن ينفقها فى شئونه الخاصة ان كان فقيرا تجرى عليه الصدقة ، وتجزىء فيه الزكاة .

واذا لم يكن على الكنوز شعار يدل على أنها دفنت قبل الاسلام ، كما لم يكن ما يدل على أنها دفنت بعده فالفقهاء الأقدمون كانوا يقولون انها تكون جاهلية ، ويجرى عليها أحكام الكنوز الجاهلية التى سنبينها فيما يأتى ، لأن الأغلب الشائع فى عصرهم أن الكنوز من وضع أهل الجاهلية ، ولكن خلف من بعد هؤلاء الفقهاء خلف رأوا تطاول العهود الاسلامية ، وتقادم العهود الجاهلية ، و بعد المدى بينهم و بينها ، فاعتبروا لذلك كل كنز ليس عليه شعار يدل على دفنه فى الجاهلية أو بعد الاسلام — اسلاميا ، اذ ذلك هو القريب الى الظن الراجح ، لطول الأمد ، وتقادم الأزمان . وهذا كلام فى ذاته مقبول .

§ ٧١ — هذا بايجاز رأى العلماء فى الكنز الاسلامى . أما رأيهم فى الكنز الجاهلى ، وهو دفين أهل الجاهلية الذى اشتمل على ما يدل على ذلك ، أو لم يقم دليل على أنه دفين أهل الاسلام على الخلاف الذى أسلفناه — فقد اتفقوا على أساس فيه ، وهو أخذ خمسه لبيت المال ، وذلك لاتفاقهم على انطباق الحديث المشهور (وفى الركاز الخمس) عليه ، وان اختلفوا فى أنه يشمل المعادن أو لا يشملها.

٧٢ — ومع اتفاقهم على هذا الأصل ، وهو أن دفين الجاهلية فيه الخمس لبيت المال اختلفوا فى تفصيلات حول هذا الأصل ، وجملة ما اختلفوا فيه : (١) نوع الدفين الذى يجب فيه الخمس ، (٢) والأراضى التى يجب فيما يوجد فيها من الدفائن الجاهلية الخمس ، (٣) ومقدار الدفائن التى تخمس .

أما نوع الدفين فقد قال فقهاء الحنفية والمالكية : ان كل دفين ذى قيمة سواء أكان من المعادن القابلة للانصهار أم من المعادن الحجرية كالياقوت والماس يخمس ؛ وذلك لأنه فى معنى الغنائم اذ هو على حكم ملك الجاهليين ، واستولى عليه ، والغنائم يؤخذ خمسها لبيت المال ، ولأن النص « فى الركاز الخمس » يشمله من غير تفرقة بين معدن ومعدن ، ولا بين نوع ونوع ، وفى مذهب الشافعى أن الأثمان ، وهى الذهب والفضة فيها الخمس ان كانت من دفائن الجاهليـة ، أما غير الأثمان ففى المذهب القديم يجب الخمس ؛ لأن عليه حقا مقدرا بالخمس ، فلم يختص بالأثمان كخمس الغنيمة . وقال فى الجديد لا يجب الخمس فى غير الأثمـان ؛ لأنه حق متعلق بالمستفاد من الأرض فاختص بالأثمان كالمعدن عنده .

ومثل هذا جرى الخلاف فى اشتراط مقدار نصاب الزكاة فى الدفين ، فالأئمة والمذهب القديم عند الشافعى لا يشترطون لثبوت الخمس نصابا ، لأن الخمس لا يؤخذ على موضع الزكاة ، بل يؤخذ على أنه غنائم ، والغنائم تخمس أيا كان مقدارها . ولأن ما يخمس كثيره يخمس قليله . وفى مذهب الشافعى الجديد لا يخمس ما دون النصاب ؛ لأنه حق متعلق بالمستفاد من الأرض فاعتبر فيه النصاب كالمعدن عنده .

وأما الأراضى التى يؤخذ خمس مافيها من كنوز الجاهلية ، فهى كل الأراضى من غير قيد ولا شرط ، سواء أكانت أراضى خراجية أم أراضى عشرية ، وسواء أكانت مباحة أم مملوكة ملـكا خاصا ، وسواء أكانت جبالا أم صحراء أم مزارع . وفى مذهب الشافعى أن الخمس لا يؤخذ الا من الكنز الجاهلى الذى وجد فى أرض موات أو أرض غير موات لم يعرف مالكها ؛ لأن الموات لا مالك له ، وما لا يعرف مالكه بمنزلة الموات وأما فى غير هذين النوعين من الأراضى فلا خمس ، بل كله للمالك ، اذا كان المالك مسلما أو ذميا .

§ ٧٣ — وهذه خلاصة مايقال فى نوع الـكنز الجاهلى الذى يجب فيه

الخمس ، ومقداره ، والأراضى التى يوجد فيها والاختلاف فى ذلك ومنه يتبين أن مذهب الحنفية لا يعين فيه نوعا خاصا ولا مقدارا خاصا ، ولا أرضا خاصة ، بل فيه كله الخمس . أما أربعة الأخماس ، فمذهب أبى يوسف انها للواجد ، وكذلك الشافعى ، لأن الشافعى لا يفرض الخمس فى ركاز الا فى أرض ليس لها مالك ، فمن البداهة أن تكون أربعة الأخماس للواجد ؛ لأنه لامنازع ينازعه ، أما أبو يوسف الذى يفرض كسائر الحنفية أن الخمس حق مقرر لبيت المال فى الكنوز الجاهلية كلها ، مهما تكن حال الأراضى التى يكون فيهـا ، فحجته فى حكمه بأن أربعة الأخماس تكون للواجد — أن هذه الكنوز غنيمة والغنائم لمن استولى عليها ، وأول مستول عليها فى الاسلام هو الذى وجدها وعثر عليها ، فهو بهذا الاعتبار المالك لهـا ، وما الخمس الذى يؤخذ منها الا على هـذا الوجه ، ولأن أول مالك للأرض فى الاسـلام الذى اختطها الامام له ، وأعطاه إياها ما ملك الا الأرض وما هو من أجزائها ، ولا شك أن هذه الكنوز ليست جزءا من الأرض فلا يرد عليها ملك المالك الذى اختطت له ، واذا باع المالك الأرض لغيره فالبيع ما وقع الا على ما يملك وهو الأرض وأجزاؤها ، والكنز الجاهلى ليس منها ، بل هو باق على أصله ، وهو كونه غنيمة بحكم أنه مال جاهليين محاربين ، فهو لأول مستول عليه ، وهو الواجد ، ولبيت المال الخمس .

وقال أبو حنيفة ومحمد ، وهو مذهب مالك ان أربعة الأخماس تكون للواجد ان كانت الأرض غير مملوكة لأحد ، وأما اذا كانت مملوكة ملكا خاصا فهى لأول مختط فى الاسلام ، أى لأول من تلقى ملكية هذه الأرض من الامام عند مافتحها المسلمون ، ووزعها الامام ، فان لم يكن المختط حيا فلورثته . فان لم يعرف أول مختط ولا ورثته ، فقيل تكون لبيت المال ؛ لأنه وارث من لا يعرف له وارث ، وقيل تكون لأقصى مالك معروف فى الاسـلام ، ولورثته من بعده ثم لبيت المال ، وعلى أية حال فلب الفكرة أن أربعة الأخماس لاتعطى لمالك الأرض وقت العثور على الكنز باعتباره مالكا لها الآن ، ولا تعطى للواجد وانما تعطى لأول مختط على التفصيل الذى بيناه ، ووجهة نظر أولئك الأئمة فى البحث

عن أول مختط أو ورثته واعطائه أربعة الأخماس أن الامام عند ما أعطاه الأرض ، انما ملكه إياها ، لأنه هو وسائر الفاتحين قد استولوا على الأرض بما فيهـا ، لأن الاستيلاء واقع على الجميع ، ولذلك يكون توزيع الامام للأراضى واقعا على الأرض وما فيها أيضا ، فيكون صاحب الخطة على تلك الأرض التى ظهر فيها الكنز الجاهلى مالكا للكنز بمقتضى امتلاكه للأرض بتوزيع الامام . وانتقال الملك من صاحب الخطة الى غيره بعقد من عقود نقل الملكية يرد على الأرض من غير الكنوز التى فى داخلها ؛ وذلك لأن العقود ترد على ماهو محلهـا ، وموضعها ، وموضع العقد الأرض لا ما فى باطنها ، والذى لاحظه العاقدان عند العقد هو الأرض من غير أن يلاحظ ما فى باطنها ، وعلى ذلك تكون أربعة أخماس الكنوز الجاهلية لصاحب الخطة ولورثته من بعده ، ولو انتقلت ملكية الأرض لغيرهم ؛ لأن العقود الناقلة للملكية لم ترد عليهـا ، فلم تنقل من صاحب الخطة أو ورثته ، ونظير ذلك من يصطاد سمكة قد ابتلعت لؤلؤة ، أو يصطاد طائرا قد ابتلع فصا من الأحجار الكريمة ، ثم يبيعهما غير عالم بمـا فى باطنهما ، فان ملكية اللؤلؤة والحجر الكريم الثابتة بالاستيلاء لاتزول بعقد البيع ؛ لأن عقد البيع قد ورد على السمكة من غير لؤلؤة ، وعلى الطيور من غير الحجر الكريم ، فالملكية فيهما تستمر ثابتة للصائد بمقتضى الاستيلاء .

٧٤ — هـــذه كلمات موجزة فى أحكام المعادن والكنوز فى الشريعة الاسلامية ، والأصول التى بنيت عليها ، والآن نريد أن نشير الى كلمة القانون المدنى المصرى فى المعادن والكنوز .

أما المعادن فيعتبرها القانون تابعة للأرض فى ملكيتها ، فان كانت الأرض مملوكة ملكا خاصا فهى لذلك المالك ، وان كانت مملوكة للدولة ملكا خاصا أو عاما فهى للدولة ؛ لأن من ملك الأرض قانونا ملك مافوقها ، وما تحتها ، وما على سطحها ، وما فى داخل جوفها ، لافرق فى ذلك بين أن يكون فلزا من فلزات الأرض ، أو حجرا من أحجارها ، أو ينبوعا من ينابيعها الزيتية .

أما الكنوز ، فهى لمالك الأرض ان كانت الأرض مملوكة ، ولواجدها

ان كانت الأرض غير مملوكة ، وذلك ان كان الكنز غير معروف صاحبه ، فان عرف صاحبه فهو له ، وذلك من غير تفرقة بين كنز جاهلي وغير جاهلي . غير أن هناك رسما مقررا على ذلك قد بينته لائحة الرسوم . وقد ذكرت تلك الأحكام المادة ٥٨ وهذا نصها : « المال المدفون فى الأرض الذى لايعلم له صاحب يكون لمالك تلك الأرض ، واذا لم يكن للأرض مالك كان المال المذكور لمن وجده ، وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر فى لوائحها » .

وهذه الأحكام العامة فى الكنوز لاتطبق على الكنوز التى تكون ذات قيمة تاريخية فى التعريف بعصر من العصور ، أو بأمر من أمور الأمة فى جيل من أجيالها ، وهى ماتسمى بالآثار ، فلذلك قانون قائم به مستقل هو القانون رقم ١٢ لسنة ١٩١٢ . وقد اعتبرت الحكومة بمقتضى هذا القانون كل أثر فى جميع أنحاء القطر المصرى يكون على سطح الأرض أو فى باطنها من الأملاك العامة الا آثارا قد استثناها هذا القانون نفسه (١) .

وقد عرف ذلك القانون فى مادته الثانية الآثار بأنها كل ما أظهرته وما أحدثته الفنون والعلوم والآداب والديانات ، والأخلاق والصنائع فى القطر المصرى على عهد الفراعنة ، وملوك اليونان ، والرومان للدولتين الغربية والشرقية ، والآثار القبطية كمعابد وثنية ، وما هو مهجور وغير مستعمل من كنائس كبرى أو صغرى وأديرة ، وكحصون وأسوار مدن ، وبيوت وحمامات ، ومقاييس النيل ، وآبار مبنية وصهاريج وطرق ، ومحاجر أثرية ومسلات وأهرام ، ومصاطب ومقابر مبنية أو محفورة فى الجبل ظاهرة كانت على وجه الأرض أو غير ظاهرة ، ونقوش وتوابيت من أية مادة ، مزخرفة كانت أو بدون زخرفة ، وأغطية المومياء المصنوعة من الورق المقوى ، وموميات الانسان والحيوان والصور والوجوه الصناعية للموميات ملونة كانت أو مذهبة ، وشواهد القبور والتماثيل الكبيرة أو الصغيرة سواء كان عليها كتابة أم لا ، والنقوش على الصخور ، والشقف المرسوم ، والنسخ

(١) المادة الأولى من هذا القانون — راجع المجموعة المدنية .

المكتوبة على الرق أو القماش أو البردى والأسلحة والعدد والمواعين ، والآنية والزجاج ، والصناديق الصغيرة ، وأدوات القرابين ، وأقمشة الملابس ، والملابس والزخارف ، والخواتيم ، والحلى ، والجعلان ، والتمائم من أى شكل وأية مادة كانت ، والمثاقيل ، والعملة القديمة ، والمسكوكات ، والقوالب والحجارة المحفورة » .

وترى من هذا النص أن بعض الكنز الجاهلى دخل فى عموم ذلك القانون وكان بعض آحاده . ولكن الآثار العربية وهى ما يعتبر بعضها كنزا اسلاميا لم تدخل فى هذه المادة لأن مدى تلك المادة لا يتجاوز آثار اليونان والرومان ، والآثار القبطية ، ولذا لا يشمل ذلك القانون الآثار العربية . ولقد جاء حكمها فى القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ وفيه اعتبر الأصل فى الآثار العربية أن تكون ملكا للدولة كالآثار المصرية واليونانية والرومانية ، وقد اعتبر أثرا عربيا « كل ثابت أو منقول يرجع عهده الى المدة المنحصرة بين فتح العرب لمصر ، و بين وفاة محمد على مما له قيمة فنية أو تاريخية ، أو أثرية باعتباره مظهرا من مظاهر الحضارة الاسلامية أو الحضارات المختلفة التى قامت على سواحل البحر الأبيض المتوسط ، وكانت لها صلة تاريخية بمصر ويسرى حكم الآثار العربية على ما له قيمة فنية أو تاريخية أو أثرية من الأديرة والكنائس القبطية المعمورة ، والتى تقام فيها الشعائر الدينية التى يرجع عهدها الى المدة المنحصرة بين أوائل الدين المسيحى ، و بين وفاة محمد على » .

ومن كل هذا يستفاد أن الأصل فى الآثار سواء أكانت فرعونية أم مسيحية أم يونانية أم رومانية أم عربية أن تكون ملكا للدولة ، و بذلك خالف القانون فى الآثار أحكام الشريعة فى الكنوز التى تعد منها سواء أكانت جاهلية أم اسلامية ، كما خالفها فى الكنوز التى لا تعتبر آثارا على ما بينا .

الصيد

§ ٧٥ — الصيد اسم لكل حيوان ممتنع على الانسان لا يمكن أخذه واحتيازه الا بعمل ، اما لتأبده فى الفلاة أو طيرانه فى الهواء ، أو سبحه فى أعماق الماء ، وكل حيوان على هذا الوصف مباح لا يعتبر مملوكا لأحد ، ما دام لم يسبق

الاستيلاء عليه ، فان سبق أخذه بالاستيلاء عليه ، ثم انطلق منه وأبق ، فهو مملوك له وليس بمباح ، فالغزال ان استولى عليه شخص ، ثم أبق ، وعليه علامة تدل على سبق الاستيلاء كطوق في عنقه ، فهو ملك لمن سبق اليه أولا ، ومن عثر عليه ثانيا يعتبر فى يده لقطة ، يجب التعريف عنها حتى يعرف صاحبها ، أو يستيئس اللاقط من معرفته على ما هو مقرر فى أحكام اللقطة ، فيتصدق بها على الفقراء ، أو تصرف فى مصارف الصدقات بتعبير أعم .

واذا كان الحيوان الممتنع لم يثبت أن أحدا استولى عليه من قبل ، فهو مباح يملكه من يصطاده ، واصطياده أن يمسكه بالفعل ، كمن يطارد ظبيا ، حتى يمسكه ، وكمن يلقى شبكته ويستولى على السمك ويمسكه ، ويعتبر اصطيادا كل فعل من شأنه أن يخرج الحيوان عن صفة الامتناع ، وعدم القدرة عليه ، ويشترط لأجل أن يكون هذا الفعل اصطيادا مثبتا للملكية شرطان : أحدهما أن يجعل الفعل الحيوان غير قادر على الفرار والعودة الى حاله الطبيعية التى كان عليها ، بحيث يصير فى مكنة الشخص أن يقبض عليه من غير أى معاناة . ثانيهما أن يكون قاصدا بذلك الفعل الاصطياد لا أمرا آخر ، وعلى ذلك يكون من الاصطياد حفر حفرة لتكون شركا تتردى فيه الظباء أو أى حيوان متوحش ، فاذا وقع فيها ذلك الحيوان فبمجرد وقوعه يكون لحافر الحفرة ؛ لوجود الاصطياد الذى هو من نوع الاستيلاء على المباح ، بتحقق الشرطين ، ومن يستولى عليه بعد ذلك يعد مغتصبا له من حافر الحفرة لذلك الغرض ، ومثل ذلك فى الحكم من هيأ مكانا فى حافة الماء لاصطياد السمك فيه ، فجاء المكان سمك كثير ، فأخذ يصفى الماء منه ، حتى صار السمك بحيث يؤخذ باليد من غير معاناة بآلة أخرى للاصطياد .

ولا يعتبر اصطيادا اذا حفر بئرا ليستنبط منها ماء ، فوقع فيها ظبى مثلا ولذلك لا يملك الظبى صاحب البئر بذلك الوقوع ، بل يملكه أى مستول بعد ذلك ، ولو كان غير صاحب البئر ؛ لأنه ما أعد البئر للصيد بل للماء ، فلم يتوافر الشرط الثانى ، وهو القصد ، ومثل ذلك فى الحكم ، من أعد بركة ليأوى اليها

السمك ، وقلل الماء منها ، ولكن السمك لا زال بحال لا يمكن فيها أخذه إلا بآلة اصطياد ؛ فان السمك لا زال غير مملوك لصاحب البركة ، ويملكه أى شخص يستولى عليه ، ولو كان غير صاحب البركة ، وذلك لعدم توافر الشرط الأول ، إذ لا زال السمك ممتنعا ، وليس فى قدرة الانسان أخذه من غير آلة اصطياد .

وعلى هذا الأصل تتفرع فروع كثيرة ، ليس فى ذكر بعضها كبير فائدة وفى ذلك الإجمال غناء ، وبملاحظته تعرف أحكام هذه الفروع .

حيازة المباح

§ ٧٦ — الأشياء المباحة كالماء ، والكلأ وأحطاب الجبال ، وفواكهها التى لا مالك لها وأحجارها ما دامت غير مملوكة لأحد ، هذه كلها مباحة وحيازتها سبب لملكيتها ، فأول محتاز لها هو المالك الأول لها ، أنشأت ملكيته تلك الحيازة ، هذه قاعدة عامة لكل الأشياء المباحة ، تطبق على ما ينطوى عليه عمومها من جزئيات ، وقد فصل الفقهاء الكلام فى نوعين من المباحات بعض التفصيل ، وهما الكلأ ، والآجام وانا نساير الفقهاء فى ذلك فنقول كلمة موجزة فيهما لكثرتهما فى البلاد الزراعية ، والمناطق ذوات الغابات .

فأما الكلأ فهو ما ينبت من الأعشاب بغير بذر أحد ، وهو مباح سواء أنبت فى أرض غير مملوكة أم نبت فى أرض مملوكة ؛ لعموم قوله عليه السلام : « الناس شركاء فى ثلاثة : الماء ، والكلأ ، والنار » والشركة الثابتة بالحديث هى شركة الناس أجمعين ، وشركة الناس جميعا هى الاباحة للكافة من غير تخصيص أحد ، ولذلك اتفق فقهاء الحنفية من غير خلاف بينهم على أن الكلأ اذا نبت ولم يسق بفعل أحد ، ولو فى أرض مملوكة يكون على الشركة العامة الطبيعية ، وهى الاباحة ، ولكن اختلفوا فى العشب الذى ينبت فى أرض مملوكة من غير فعل أحد ، ولكن يسقى بفعل صاحب الأرض ، فقال بعضهم انه ملكه ؛

لأنه أحياه بالسقى ، فخرج بذلك عن أصل اباحته ، وقال الأكثرون ، وهو رواية ظاهر الرواية ؛ انه باق على الاباحة الأصلية ، لعموم الحديث ، ولأن النبات نماء البذر ، والبذر لم يكن مملوكا لأحد ، فنماؤه وهو الزرع باق على حالة الاباحة الأصلية .

واذا كان الكلأ مباحا ، ولو كان فى أرض مملوكة ، فهو لا يعتبر مملوكا لصاحب الأرض ، وانما هو مملوك لمن يحتشه ، ولو كان غير صاحب الأرض ، وليس لصاحب الأرض أن يمنع أحدا من قطعه ، ولكن له أن يمنع الناس من دخول أرضه ، اذا كانوا يجدون الكلأ فى غير أرضه ، أما اذا كانوا لا يجدونه فى غير أرضه ، وهم فى حاجة اليه خيروه بين أن يخرجه اليهم ليأخذوا حاجتهم منه ، أو يمكنهم ليدخلوا الأرض ، وينالوا منه مقدار ما يسد حاجتهم ، وقد بينا الأصل الذى تنبنى عليه هذه المسائل وأشباهها عند الكلام على حق الشفة ، فارجع اليه .

§ ٧٧ — هذه خلاصة موجزة لما قاله الفقهاء فى الكلأ ، أما الآجام ، فهى مباحة إذا كانت فى أرض غير مملوكة ، وذلك لبقائها على الشركة الطبعية ، إذ لا مالك لها . وأما فى الأراضى المملوكة ، فهى ملك لأصحاب الأراضى، وليست بمباحة ، إذ الغابات تنبت على ملك صاحب الأرض ، وإن لم يوجد منه الانبات ، والفرق بينها و بين الكلأ ، أن الأراضى لا تقصد بالملكية لما فيها من الكلأ أو لما عساه ينبت فيها منه ، بل تقصد بالزراعة ، والكلأ يجىء على غير رغبة المالك ، أو على غير مقصوده ، فهو باق على الاباحة ، لأنه لم يقصد قصداً أصلياً فى الانتفاع بالأراضى ، ولم ينبت بفعل صاحب الأرض ، فلا وجه لخروجه عن أصل الاباحة ، أما الآجام فهى المنفعة المقصودة من اقتناء الأراضى المشتملة عليها ، فالأرض تقتنى لأجل القائم فيها من أشجار وما عساه يقوم فيها ، وإذا كانت شيئا مقصودا بملكية الأراضى ، وهو من أوجه الانتفاع المقصودة فى الملكية كانت تابعة للأرض ، فهى ملك لصاحبها ، وليست باقية على الاباحة الطبعية .

وضع اليد مدة طويلة

§ ٧٨ — قد تبين مما تقدم أن وضع اليد على المباح يعتبر السبب المنشىء للملكية لواضع اليد ، ولا يعتبر وضع اليد سبباً للملكية إلا فى هذه الحال فقط ، فلا تعتبر الشريعة وضع اليد مدة طويلة مثبتا للملكية ، كما لا تعتبر ترك المطالبة بالحق مدة طويلة مسقطا لذلك الحق . وذلك لأن الحق لا يزول مهما يتقادم ، ومهما يتطاول به الزمن ، فمضى المدة لا يعطى حقا لواضع اليد ، ولا يسقط حق ذى حق .

وأقصى ما أعطته الشريعة للمدة الطويلة من قوة أنها جعلتها سببا فى منع سماع الدعوى عند الانكار . أما مع الاقرار فالحق ثابت به ، فالدعوى تكون مسموعة .

والمدة التى قرر الفقهاء منع سماع الدعوى إذا مضت ، ولم يطالب صاحب العين أو الحق بها اختلفوا فيها . فقال بعضهم ست وثلاثون ، وقيل ثلاث وثلاثون سنة ، وقيل ثلاثون . والأكثرون على أنها ثلاث وثلاثون . ويعلل الفقهاء منع سماع الدعوى عند الانكار بعد مرور زمن طويل من غير مطالبة بمظنة التزوير ، ولقد جاء فى المبسوط : « رجل ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ، ولم يكن له مانع من الدعوى ، ثم ادعى لاتسمع دعواه ، لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهراً » . ولعل الفقهاء نظروا فى تقدير المدة الطويلة بثلاث وثلاثين سنة — أو ما يقاربها عند بعضهم — الى أنه بعد مضى هذه المدة يظن أن الشهود الذين عاينوا الاغتصاب أو سبب الحق لذى الحق يكونون قد ماتوا غالبا ، والاثبات فى الشريعة الاسلامية يقوم على البينات أخذا بالأثر المشهور : البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر .

§ ٧٩ — هذه هى المدة التى عينها الفقهاء ، واجتهدوا فيها آراءهم ، ولكن ملوك آل عثمان استطالوا هذه المدة ، ورأوا بما لهم من حق تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة ، أن يمنعوا سماع الدعوى إذا مضت مدة

خمس عشرة سنة ، واستثنى أكثر هؤلاء الملوك الوقف والارث . ومنهم من استثنى مع ذلك مال اليتيم ، وجعلت المدة المانعة من سماع الدعوى عند الانكار بالنسبة لهذه المستثنيات هي ثلاث وثلاثون سنة ، وقد أخذت لائحة المحاكم الشرعية بمنع سماع الدعوى لمضي مدة خمس عشرة سنة مبقية الوقف والميراث على ما حده الفقهاء وهو ثلاث وثلاثون سنة .

وعلى ذلك يكون فى المدة المانعة من سماع الدعوى توقيتان : أحدهما توقيت الفقهاء ، وهو ثلاث وثلاثون سنة ، وبقى العمل به فى الوقف والميراث ، والثانى توقيت أولياء الأمر ، وهو خمس عشرة سنة ، والعمل به جار فى كل الأقضية ماعدا الوقف والميراث . وأساس التوقيت الأول الاجتهاد الفقهى ، وأساس التوقيت الثانى ما لولى الأمر من سلطة تخصيص القضاء .

§ ٨٠ — وتبتدىء المدة من وقت ثبوت حق المطالبة بشرط ألا يكون عذر مسوغ لعدم المطالبة ، فان وجد هذا العذر المسوغ فالمدة تبتدىء من وقت زواله بعد ثبوت حق المطالبة ، فاذا كان موضوع النزاع عيناً فالمدة تبتدىء من وقت ظهور واضع اليد بمظهر المالك للعين ، واذا كان موضوع النزاع ديناً فالمدة تبتدىء من وقت ثبوت حق المطالبة للدائن لا من وقت ثبوت الدين فى الذمة ، فاذا كان الدين مؤجلا فالمدة تبتدىء من وقت حلول الأجل ، لا من وقت ثبوت الدين . كل هذا إذا لم يكن ثمة عذر فان كان عذر مسوغ لعدم المطالبة فالمدة تبتدىء من وقت زواله كما بينا .

والعذر المسوغ لتأخير ابتداء المدة الى وقت زواله (١) ما كان أساسه عدم قدرة المدعى على رفع الدعوى كأن يكون قاصرا ، أو غائبا ، أو يكون من عليه الحق ذا شوكة يخشى بأسه (٢) أو لم يكن فى الدعوى فائدة لافلاس المدين وعدم وجود مال ظاهر ينفذ فيه الحكم إن حكم للمدعى ، فهذه كلها أعذار مسوغة لتأخير رفع الدعوى . فاذا حدث عذر من هذه الأعذار فى أثناء المدة فالمدة السابقة عليه تعتبر ملغاة ، ويكون احتساب المدة من وقت زواله .

§ ٨١ — واذا سكت صاحب الحق عن دعواه مدة ثم جاء الوارث له من بعده ، وترك المطالبة مدة أخرى احتسبت المدتان . وكان الابتداء من وقت ثبوت حق المطالبة للمورث ، لا من وقت انتقال الملك الى الوارث . وكالمورث مع الوارث المشترى مع البائع ، والموهوب له مع الواهب ، فاذا كان لعقار شخص حق ارتفاق على عقار آخر ، ومنعه منه صاحبه ، وكان له الحق فى مقاضاته ، فترك المطالبة مدة ثم باع العقار أو وهبه لغيره ، فترك هو الآخر المطالبة مدة ، فالمدة المانعة من سماع الدعوى تبتدىء من وقت ثبوت حق المطالبة للبائع أو الواهب .

نزع الملك من غير رضا صاحبه

§ ٨٢ — ذكرنا فيما مضى أن أسباب انتقال الملكية هى العقود الناقلة للملكية ، والعنصر الفعال فى هذه العقود هو الرضا ، كما سيتبين ، فالرضا هو القاعدة العامة لنقل الأموال فى الشريعة الاسلامية ؛ لقوله تعالى «يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم» . بيد أنه قد ينتزع الملك من صاحبه بغير رضاه فى سبيل النفع العام ، أو لدفع الأذى عن غيره ، بحيث تكون المنفعة التى ينالها المالك من بقاء العين فى ملكه أقل من الضرر الذى ينال غيره بهذا البقاء . والأحوال التى ينتزع فيها الملك من غير رضا صاحبه ترجع الى ثلاث :

أولاها — نزع الملك لمنافع الكافة كنزع الملك للطرق العامة ، أو شق الترع . وقد اعتبر بعض الفقهاء من المنافع العامة توسيع المساجد ، حتى لا تضيق بالناس « فقد نقل فى حاشية أبى السعود على منلا مسكين عن الزيلعى أنه اذا ضاق المسجد على الناس ، وبجنبه أرض لرجل تؤخذ بالقيمة كرها ، لأنه لما ضاق المسجد الحرام أخذ الصحابة بعض ما حوله من الأراضى بكره ، وأدخلوها فى المسجد ، وهذا من الاكراه الجائز »[1] .

والأصل فى هذا هو ترجيح منفعة الكافة على منفعة الآحاد ، ولأنه

(١) راجع كتاب المعاملات للأستاذ الجليل الشيخ احمد ابراهيم بك .

لا يترتب على الأخذ من المالك كبير ضرر به ؛ لأنه يعوض بالقيمة ، والقيمة تقدر بمعرفة أهل الخبرة العدول .

ثانيها — نزع الملك لقضاء دين على صاحبه قد امتنع عن أدائه مطلا وظلما ، فللقاضى فى هذه الحال أن يحجر عليه ، فيمنعه من التصرف فى ماله اذا رفع الدائنون الأمر اليه ، ويؤدى الدين من أمواله فيؤخذ من النقود ، فان لم تكن نقود أو نفدت ولم تف بيع ما يخشى عليه التلف أو ما يكون معدا للبيع كعروض التجارة ، فان لم تف بيع العقار . وهذا كله رأى الصاحبين . وقال الامام ليس للقاضى أن يبيع مال الشخص بغير رضاه ، ويؤدى منه الدين رغم أنفه ، بل يحبسه حتى يوفى هو الدين بأى طريق أحب . وحجة الصاحبين أن مطله ظلم ، والظلم واجب الرفع ، فاذا امتنع الظالم عن أداء الحق مختارا قام القاضى مقامه فى رد الحقوق الى ذويها ، لأنه نصب لاقامة العدل بين الناس ، وذلك طريقه ووجهة نظر أبى حنيفة ان الحجر والتصرف فى ماله من غير ارادته اهدار لأهليته ، وهو ضرر عظيم لا يجوز الحاقه به لدفع ضرر خاص ويمكن دفع الظلم بالحبس وحمله على أن يؤدى ما عليه من حقوق من غير التعرض لأمواله التى لا يصح أن تمس الا برضاه .

ثالثها — الأخذ بالشفعة . وان الكلام فيها يحتاج الى بيان ، فلنفرد لها بابا خاصا بها .

الشفعة

§ ٨٣ — الشفعة أثر من آثار عقد البيع ، ويعدها بعض الفقهاء سببا من أسباب الملك ، وهى على أية حال ليست سببا اختياريا ، بل تعد من نزع الملك جبرا عن صاحبه .

والشفعة [1] شرعا حق امتلاك العقار المبيع جبرا عن مشتريه بما قام عليه من الثمن والتكاليف .

والسبب الذى نيط به ثبوت الشفعة ، بحيث اذا تحقق ثبتت ، وان لم يتحقق لم تثبت — هو الاتصال بين عقار الشفيع والعقار المبيع (١) إما اتصال شركة على الشيوع بأن كان العقار المبيع جزءا شائعا فى عقار الشفيع (٢) أو اتصال شركة فى حقوق الارتفاق الخاص (٣) أو اتصال جوار ملاصق . فاذا وجد واحد من هذه الأمور الثلاثة ، فقد ثبتت الشفعة ان تحققت شروطها ، وان انتفت جميعا لم تثبت ، وانما ثبتت الشفعة بسبب ذلك الاتصال لاحتمال تضرر المالك بسبب المشترى الجديد الذى سيتصل به حتما ، وهو لاعلم به ، فلا يدرى أهو عدل فتؤمن بوائقه ، أم باغ فتتقى بوادره ، فشرع له لأجل هذا الاحتمال حق امتلاك ما اشتراه جبرا عنه ، وفى ذلك دفع لأذى محتمل بدون ضرر كبير بالبائع أو المشترى ، مع تحقق النفع للشفيع ، ودفع الضرر المتوقع له .

ولقد قرر الفقهاء أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل والقياس ، وأنها أمر استثنائى ، وذلك لأن الأصل ألا ينتقل الملك من صاحبه الى غيره الا بطيب نفسه ورضاه ، وفى الشفعة يملك العقار جبرا عن صاحبه ، وهو المشترى ؛ إذ بمقتضى عقد البيع صار هو المالك ، ومع ذلك ينزع ملكه جبرا عنه ، ومن جهة أخرى نرى فى

---

(١) مأخوذة من الفعل شفع ، وهو يطلق باطلاقين ، فيطلق بمعنى ضم ، ومنه الشفع بمعنى الزوج ، لأن كل واحد ضم الى الآخر ، ويطلق بمعنى زاد ، ومنه شاة شافع اذا كان معها ولدها ، لأنه زادها ، والشفعة يصح أن تكون مأخوذة من شفع بمعنى ضم لأن الشفيع يضم العقار المبيع الى ملكه ، ويصح أن تكون مأخوذة من شفع بمعنى زاد ، لأنه يزيد ملكه بسبب الشفعة .

تقرير مبدأ الشفعة اضرارا بالمالك الأصلى وهو البائع ؛ لأنه اذا علم الراغبون فى الشراء أنهم ان اشتروا نزع ملكهم منه ، لايقدمون على الشراء ، فاذا كان المالك مضطرا للبيع ، كان بين حالين : إما احتمال الضرر النازل به الذى يضطره للبيع ، وذلك أذى لا ريب فيه ، و إما الترغيب فى المبيع الذى أعرض الناس عنه بعرضه بثمن بخس فيه غبن فاحش عليه ، ولكن قد اضطر اليه .

ومن أجل هذه الاعتبارات قالوا إن أحكام الشفعة جارية على غير ماتقتضيه القواعد الفقهية ، بل من أجل هذه الاعتبارات أنكر أبو بكر الأصم مشروعية الشفعة [١] .

§ ٨٤ — ولقد قرر ابن القيم أن الشفعة مشروعيتها على مقتضى أصول الشريعة ، وليست مخالفة لأصولها . فهو يقول « من محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد ورودها بالشفعة ، ولا يليق بها غير ذلك ، فان حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن ، فان لم يمكن رفعه الا بضرر أعظم منه أبقاه على حاله ، و إن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به ، ولما كانت الشركة منشأ الضرر فى الغالب ، فان الخلطاء يكثر فيهم بغى بعضهم على بعض ، شرع الله سبحانه وتعالى رفع هذا الضرر بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه ، و بالشفعة تارة أخرى وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر فى ذلك . فاذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبى ، وهو يصل الى غرضه من العوض من أيهما كان ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبى ، ويزول عنه ضرر الشركة ، ولا يتضرر البائع ، لأنه يصل الى حقه من الثمن ، وكان هذا من أعظم العدل ، وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطرة ومصالح العباد » ويقول فى قول الفقهاء إن الأصل ألا يخرج المال من يد صاحبه الا بطيب نفسه : « إنما كان الأصل عدم انتزاع ملك الانسان منه

---

(١) ولكن رد عليه باجماع فقهاء المسلمين على اثبات الشفعة ، وبورود الآثار الكثيرة المتضافرة باثباتها ، وبأن الضرر الذى يقال بالنسبة للبائع ليس كثيرا ، لأن الملاك يجدون مشترين مع ثبوت الشفعة .

الا برضاه لما فيه من الظلم له والاضرار به ، فأما ما لا يتضمن ظلما ولا اضرارا ، بل مصلحة له باعطائه الثمن ، فلشريكه دفع ضرر الشركة عنه ، فليس الأصل عدمه بل هو مقتضى أصول الشريعة ، فان أصول الشريعة توجب المعاوضة للحاجة والمصلحة الراجحة ، وان لم يرض صاحب المال . وترك معاوضته لشريكه مع كونه قاصدا للبيع ظلم منه ، واضرار بشريكه ، فلا يمكنه الشارع منه . بل من تأمل مصادر الشريعة ومواردها تبين له أن الشارع لا يمكن هذا الشريك من نقل نصيبه الى غير شريكه ، وأن يلحق به من الضرر مثل ما كان عليه أو أزيد منه مع أنه لا مصلحة له فى ذلك » [١] .

٨٥ — مما تقدم قد تبين أن الشفعة لاتكون الا فى العقار ، وأنها تكون للشركاء فى نفس العقار ، ثم للخلطاء فى حقوق الارتفاق ، ثم للجيران ، وذلك كله مذهب الحنفية ومن الفقهاء من أثبت الشفعة فى غير العقار [٢] . والجمهرة العظمى من الفقهاء لايثبتونها الا للشريك فى نفس العقار . ولا يثبتونها للشركاء فى حقوق الارتفاق ، ولا للجيران .

وقد استدل للجمهور (١) بما روى من قوله صلى الله عليه وسلم : « الشفعة فيما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ، وقوله عليه السلام : « إذا قسمت الأرض وحدّت فلا شفعة » وفى هذا نفى للشفعة بعد أن تبين الحدود . ولا شك أن الجار مبين حده عن حد جاره ، وأصحاب حقوق الارتفاق مفصولة أملاكهم بعضها عن بعض ، فلا شفعة فيها بنص الحديث ؛ إذ نفى الشفعة بعد

(١) راجع كتاب القياس فى الشرع الاسلامى ص ١٨٢ وما يليها .

(٢) أثبت حق الشفعة فى غير العقار طائفة من الفقهاء تثبته فى كل ما يثبت فيه الشركة من الأعيان . وقالوا انما شرعت الشفعة لرفع الضرر اللاحق من الشركة ، فاذا كان شخصان شريكين فى عين من الأعيان بارث أو هبة أو وصية أو ابتياع أو نحو ذلك ، وباع أحدهما نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبى ، اذ فى ذلك ازالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه . ولا فرق فى ذلك بين العقار والمنقول من حيوان وثياب وشجر . وهذه الطائفة من الفقهاء تشمل أهل الظاهر ، وفقهاء أهل مكة ، وروى عن احمد بن حنبل مثل قولهم . ومالك يلحق السفن بالعقار (راجع القياس فى الشرع الاسلامى ص ١٨٤) .

قسمة الأرض وحدّها .

(٢) أن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل والقياس لأمر هو عـدم التضرر بالقسمة والشركة من ذلك المشترى الجديد ، وذلك المعنى لايتحقق فى الجار ؛ لأنه لايقاسم . وضرر القسمة ضرر لازم لا يمكن دفعه ، أما ضرر الجوار فيمكن دفعه بالترافع الى ولى الأمر ، فلا حاجة الى الشفعة .

واستدل للحنفية بقوله صلى الله عليه وسلم « الجار أحق بصقَبه[1] » والصقب هو مايلاصق ملكه ويليه . وان المناسبة التى قيل فيها الحديث تؤيد ذلك ، فانه كان جوابا لسائل سأل الرسول عن أرض ليس لأحد فيها قسم ولا شرك إلا الجوار . ومثل هذا الحديث كثير فقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « جار الدار أحق بالدار » . وروى أنه قال « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها ان كان غائبا اذا كان طريقهما واحداً »[2] .

هذه آثار ناطقة بما يقول الحنفية ، ثم إن الغرض من الشفعة ثابت للجار كما هو ثابت للشريك ، وان لم يكن بقدر واحد ، لأن الجار أولى بالشراء من الأجنبى . وعساه يلحقه ضرر من جواره ، لأن الناس يتفاوتون فى الجوار تفاوتا فاحشا ، ويتأذى بعضهم ببعض ، ويقع بينهم من العداوة أو المحبة ماهو معهود ، والضرر بذلك دائم متأبد إن وجد ، ولا يندفع ذلك إلا برضاء الجار فان شاء أقر الدخيل على جواره له ، وان شاء انتزع العقار بثمنه واستراح من مفسدة هذا الجوار المتوقعة .

ولقد اختار ابن القيم فى شفعة الجوار رأيا ثالثا هو رأى فقهاء البصرة ، وهو أن الشفعة تثبت للجار إذا اشترك الجاران فى حقوق الارتفاق ، ولذا يقول : « والقول الوسط الجامع بين الأدلة الذى لا يحتمل سواه ، وهو قول البصريين

---

(١) الصقب والسقب بحركتين القرب .

(٢) القياس فى الشرع الاسلامى ص ١٩٦ ، ١٩٧ . ومما ينبغى ملاحظته أن اللجنة التى ألفت من كبار رجال القانون لتعديل القانون المدنى من منذ سنتين رأت ذلك الرأى . وكان من بين مقترحاتها فى شفعة الجوار .

وغيرهم من فقهاء الحديث أنه ان كان بين الجارين حق مشترك من حقوق الأملاك من طريق أو ماء أو نحو ذلك ثبتت الشفعة ، وإن لم يكن بينهما حق مشترك البته ، بل كان كل واحد منهما متميزاً ملكه وحقوق ملكه فلاشفعة . وهذا هو الذى نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب ؛ فانه سأله عن الشفعة : لمن هى ؟ فقال : إذا كان طريقهما واحداً ، فاذا صرفت الطرق وعرفت الحدود فلا شفعة . وهو قول عمر بن عبد العزيز . . . . والقياس الصحيح يقتضى هذا القول فان الاشتراك فى حقوق الملك شقيق الاشتراك فى الملك ، والضرر الحاصل بالشركة فيها كالضرر الحاصل بالشركة فى الملك أو أقرب اليه . وفيه مصلحة للشريك من غير مضرة على على البائع ولا على المشترى . فالمعنى الذى وجبت لأجله شفعة الخلطة فى الملك موجود فى الخلطة فى حقوقه » .

§ ٨٦ — واذا اجتمع الشفعاء جميعا لا يكونون سواء ، بل يقدم الشفيع الشريك فى نفس العقار ، ويليه الشفيع الشريك فى حق من حقوق الارتفاق الخاص ، ثم يليه الجار الملاصق . واذا ترك من هم أولى انتقل الحق إلى الذين يلونهم .

واذا تعدد الشركاء فى حقوق الارتفاق بأن اجتمع شركاء فى شرب خاص ، وشركاء فى طريق خاص ، وشركاء فى مسيل خاص لم يكونوا سواء . وقد اتفقت عبارات كتب الحنفية على أن الشريك فى حق المسيل مؤخر عن الشريك فى الشرب والطريق . واختلف فى الترتيب بين شريك الشرب ، وشريك الطريق ، فبعض الكتب كالفتاوى الهندية والدرر تقدم الشريك فى الشرب على الشريك فى الطريق ، و بعض الفقهاء يقدم الشريك فى الطريق على الشريك فى الشرب . وأساس الترتيب فى كل هذا قائم على قوة الاتصال ومقدار الضرر المتوقع من الأجنبى . وقد رأوا أن الاتصال بالشركة فى المسيل أقل أنواع الشركة اتصالا ، والضرر المتوقع من الدخيل بسببها أقل من ضرر صاحبيه . ثم اختلفت أنظارهم بالنسبة للشرب والطريق ، فبعضهم رأى صاحب الشرب أقوى اتصالا وأكثر تضررا من الدخيل ، فقدم الشريك فيه على الشريك فى الطريق . وأولئك أكثر عددا . وبعضهم رأى أن الشريك فى الطريق أكثر تضررا فقدمه.

هذا ويلاحظ أن الشركة فى الحقوق التى تثبت الشفعة هى الشركة فى حقوق الارتفاق الخاص لا العام . والطريق الخاص هو الطريق غير النافذ أو المملوك ملكا خاصا . والشرب الخاص عند بعض الفقهاء يتحقق اذا كان المجرى نهرا صغيرا لا تجرى فيه السفن ، وهذا هو المروى عن ابى حنيفة ومحمد وقيل إن كان أهله لا يحصون فهو كبير ، وإن كانوا يحصون فهو صغير ، وعليه عامة المشايخ ، لكن اختلفوا فى حد ما يحصى وما لا يحصى ، فبعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة ، وبعضهم بأربعين . وقيل هو مفوض الى رأى المجتهدين فى كل عصر ، إن رأوهم كثيرا كان الشرب عاما ، وان رأوهم قليلا كان الشرب خاص وذلك أشبه الأقوال بالفقه [١] .

§ ٨٧ — وقد تبين مما تقدم أنه إذا اجتمع عدة شفعاء تفاوتت مراتبهم قدم أقواهم اتصالا ، وهو الشريك فى نفس العقار ، فان تنزل عن حقه ، أو سقط حقه بأى سبب من أسباب الاسقاط انتقل الحق الى من يليه وهكذا . وهذا بالاجماع فى ظاهر الرواية ، ولكن رويت عن أبى يوسف رواية أخرى وهى أنه إذا وجد الشركاء فى نفس العقار لا ينتقل لمن يليهم اذا سقط حقهم أو تنزلوا عنه [٢] . وذلك لأنه اذا وجد الشريك حجب عنها من بعده ، ولم يثبت له حق فيها ، ويصير كالعاصب اذا وجد من هو أولى منه بالتعصيب . ولأن عند البيع يثبت حق الشفعة للشريك من بين الشفعاء ، بدليل أن غيرها لا يملك أن يطالب بها . واذا كان حق الشفعة عند وجود البيع كان محصورا فيه ، فاذا أسقطه لم يثبت لأحد ، لأنه حق واحد اذا سقط لا يعود .

ووجه ظاهر الرواية — أن كل طبقة من هذه الطبقات الثلاث ، وهم الشركاء فى نفس العقار ، والخلطاء فى حقوق الارتفاق ، والجيران — ثبت لهم الحق

---

(١) الزيلعى الجزء الخامس ص ٢٤١ .

(٢) ويظهر أن هذا الخلاف انما هو فى الحال التى يسقط فيها الشريك حقه قبل القضاء أما بعد القضاء له ، فاذا أسقط حقه لا يثبت الحق لمن يليه باتفاق ؛ لأنه بالقضاء للشريك انقطع حق من يليه وبطل ، اذ قضى عليه بذلك .

فى الشفعة لوجود سببها ، وكل واحد من الشركة أو الجوار سبب صالح لثبوت الشفعة ، ولكن عند التعارض قدم أقواها ، فيقدم الشفيع بالشركة ؛ لأنه أكثر تضررا بالدخيل ، وأقوى اتصالا ، فاذا سلم الشريك سقط تعارضه ، فيعمل السبب الذى يلى الشركة ، لأنه لا معارض له أقوى منه . وأيضا فان حكمة الشفعة ، وهى دفع ضرر الدخيل — قائمة ، وتسليم الشريك لا يمنع الضرر المتوقع للمرتفقين ، أو الجيران بل هو لازال قائما ، فتثبت الشفعة .

§ ٨٨ — واذا تعدد أهل طبقة من الشفعاء ، وطلبوها جميعا فاذا تعدد الشركاء مثلا أو الجيران ، وطلبوها جميعا طلبا صحيحا قسمت بينهم جميعا بالتساوى من غير تفضيل صاحب النصيب الأكبر على صاحب النصيب الأصغر ، أو من غير تفضيل جار ملاصق من جانب واحد على جار ملاصق من جانبين ، وكذلك من غير تفضيل مرتفق بشرب مثلا على مرتفق معه فيه ، بل يقسم العقار بينهم على سواء.

وذلك لأن الأصل عند الحنفية أن السبب فى ثبوت الشفعة هو أصل الشركة لا قدرها ، وأصل الجوار لا قدره ، بدليل أنه لو كان للدار شريك واحد لاستحق أخذ الدار بالشفعة ، وكذا لو كان لها جار واحد لاستحق الأخذ لها كلها بالشفعة ، ولو كان المقدار هو السبب لاستحق بمقدار شركته أو مقدار جواره . واذا كان أصل الشركة أو أصل الجوار هو السبب ، فاذا تعدد الشركاء أو تعدد الجيران تثبت لهم الشفعة بقدر واحد لثبوت السبب كاملا بالنسبة للمتعددين جميعا .

وقد خالف فى ذلك مالك والشافعى واختلفت الرواية فيه عن أحمد بن حنبل ، وهو مع الشافعى فى الصحيح عنه ، ومخالفة هؤلاء محصورة فى الشركة ؛ لأنهم لا يرون الشفعة فى غير العين المشتركة ، فرأيهم عند تزاحم الشركاء أن يقسم العقار المشفوع فيه بينهم على قدر أنصبتهم لا على عدد رءوسهم ، وحجتهم فى ذلك أن الشفعة تثبت على أنها حق من حقوق الملك الذى يملكه الشفيع فيتقدر بقدره عند التزاحم ، وهى فى هذا كالنماء والغلة والثمرات ، يثبت للشخص منها بمقدار ما يملك إذا كانت العين مشتركة ، فتثبت الشفعة بمقدار ما يملكه كل واحد عند ما يتزاحمون فى طلبها .

واستدل الحنفية لوجهة نظرهم فى أن الشفعاء إذا تزاحموا فى طبقة واحدة بلا مرجح اقتسموها بينهم بالتساوى (١) بأن السبب هو الاتصال لا مقدار الاتصال ، وقد تساوى الجميع فى هـذا الأصل فيتساوون فى الاستحقاق(٢) وأيضاً فان ثبوت الشفعة إنما يثبت لدفع ضرر الدخيل ، وذلك قدر مشترك للجميع ما داموا فى طبقة واحدة بلا مرجح ، فيثبت للجميع الحق بالتساوى(٣) ثم ان الأصل أن يثبت حق أخذ العقار المبيع كاملا لكل واحد من الشفعاء ، ولـكن للتزاحم بينهم ولعـدم ترجيح طلب أحـدهم على الآخرين يقسم بينهما بالتساوى لأن الحق كان لـكل واحد فى أخذ العقار كله .

§ ٨٩ — وإذا كان أحد الشفعاء غائبا لم يسقط حقه فى طلب الشفعة مهما يتطاول أمد غيبته ، ما دام لم يعلم . بيد أن ذلك لا يمنع من يساويه فى الدرجة أو من يليه أن يطالب بأخذ العين كاملة ، ولا يمنع ما للغائب من حق — أن يقضى القضاء لمن يليه إذا طالب بأخذ العين بمقتضى الشفعة واستوفيت شروط المطالبة كلها .

وانما كان لمن يساويه أن يطلب أخذ العين كاملة ، ولمن يليـه كذلك من غير انتظار له ؛ لأن سبب ثبوت الحق على الـكمال ثابت فى حق المسـاوى ومن يليه ، فاذا طلب يتأكد حقه بالطلب ، أما الغائب فالسبب قائم فى حقه ، ولـكن لم يؤكد ذلك الحق بطلب الأخذ ، فلا يدرى أيرضى بالشريك الجديد أو الجار الجديد فلا يطلب بالشفعة أم لا يرضى فيطلب ، فكان حق الشفعة بالنسبة له محتمل الوجود وعدم الوجود ، ولا يصح أن يمنع ذو حق تأكد حقه لاحتمال أو شك ، إذ اليقين لا يزول بالشك ، بل لا يزول إلا بيقين مثله ، ولذلك يقضى بجميع العين للطالب سواء أكان يليه أم يساويه .

وإذا قضى للحاضر بأخذ العين ، ثم جاء الغائب ، فان كان مساويا أسهم بما يساويه مع الحاضر ، فان كان الحاضر واحدا أخذ النصف ، وإن كان اثنين أخذ الثلث ، وهكذا ، واذا كان الحاضر قد أسقط حقه فى الشفعة فى هذه الحال فالغائب اذا حضر يطالب بالعين كلها ، ويقضى له بها . وهذا إذا أسقط قبل القضاء ، وأما اذا ترك الشفيع أخذ العين بعد القضاء له لعيب وجده فيها ، أو لخيـار رؤية ، أو

لمجرد التنزل عن حقه من غير سبب شرعى ، ثم جاء الشفيع الغائب ، فليس له الا النصف ان كان الحاضر المسقط لحقه بعد القضاء واحداً . والثلث ان كانا اثنين وهكذا ، وذلك لأنه لما قضى القاضى بالشفعة للحاضر بكل الدار ، فقد أبطل حق الغائب المساوى له عما يخص صاحبه فى حال المزاحمة ، واذا قضى على شخص بالبطلان فى شىء فليس له أن يطالب به ، وليس له حق فيه .

هذا كله اذا حضر الغائب ، وكان من قضى له مساويا له ومن أهل درجته. أما اذا لم يكن مساويا ، بل كان من الطبقة التى بعد طبقته ، ففى هذه الحال له أن يطالب بأخذ العين كاملة ، سواء أأسقط الشفيع المقضى له حقه أم لم يسقط ، وسواء أكان اسقاطه لحقه قبل القضاء أم بعده ، فكل هذه الصور سواء فى الحكم ، لأن القضاء له لا يبطل حق الغائب ؛ اذ هو مبنى على احتمال أن الغائب لايطالب ، فاذا طالب فقد زال الاحتمال .

شروط الشفعة

§ ٩٠ — لا تثبت الشفعة ولا توجد الا بشروط ، منها :

(١) الشرط الأول : أن يكون المشفوع فيه — وهو العين التى يطلب الشفيع أخذها — عقاراً [1] . وكذلك يشترط هذا الشرط فى المشفوع به ، وهو العين التى يملكها الشفيع و بسبب اتصالها بالعين المشفوع فيها يطالب بالشفعة ، وقد ألحق الحنفية بالعقار بالنسبة للشفعة العلو بالنسبة للسفل ، فاذا بيع السفل ثبت لصاحب العلو حق الأخذ بالشفعة ، واذا بيع العلو ثبتت لصاحب السفل الشفعة أيضا . فترى من هذا أن العلو ، وهو ليس بعقار عند الحنفية كما تبين صلح أن يكون مشفوعا فيه و به ؛ وذلك لأنه ملحق بالعقار فى ذلك ، اذ حق العلو على السفل حق لازم لا يحتمل البطلان ، فيتضرر كلاهما بالآخر ضررا مستمرا . والشفعة بين العلو

---

(١) اشتراط كون المشفوع به والمشفوع فيه عقارا انما هو على رأى جمهور الفقهاء ، وخالفهم غيرهم فأثبتها مالك فى كل السفن ، وأثبتها بعض الفقهاء فى كل ما هو محل شركة ، وأثبته بعضهم فى كل ما هو مشترك وتجرى فيه القسمة من غير اجبار عليها .

والسفل تكون شفعة جوار ، فتكون مرتبة الشفيع كمرتبة سائر الجيران ، وهى بعد الشركاء فى نفس العقار ، والخلطاء فى حقوق الارتفاق ، كما علمت .

(٢) الشرط الثانى : أن يكون العقار المشفوع فيه قد خرج من ملك صاحبه خروجا باتا بعوض مالى ، فاذا لم يخرج المشفوع فيه من ملك صاحبه فلا موجب للشفعة ؛ لعدم وجود دخيل ، وان خرج خروجا غير بات كأن يبيعه بيعا فاسدا قد قبض فيه المشترى العقار ، فلا تثبت الشفعة إلا بعد أن يصير ملك المشترى فى العقار باتا لازما بالنسبة للبائع ، لا يقبل النقض من جانبه ؛ لأنه قبل ذلك يحتمل أن يرجع البائع و يفسخ البيع ، ومع هذا الاحتمال القريب الوقوع لا تثبت الشفعة ، لأنه يجب أن يبنى ثبوتها على أمر ثابت لا يحتمل البطلان من جانب البائع .

وان خرج بغير عوض مالى بأن لم يكن العقد الذى انتقل به المشفوع فيه بيعا ولا فى معنى البيع ، كأن يكون هبة أو صدقة أو يكون العقار مهرا فى زواج ، أو بدل خلع ، أو أجرة فى اجارة ، فان الشفعة لا تثبت فى كل هذا ؛ لأن الشفعة توجب أن يأخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بمثل ماملكه به من أخذه ، فاذا كان قد أخذ بلا عوض فلا مثل قد دفعه العاقد ويجب على الشفيع أن يقدمه ، فلا تثبت . وكذلك اذا كان العوض غير مال كحال المهر و بدل الخلع ؛ لأنه لا تجرى المماثلة إلا فى الأموال ، أما غيرها فلا تجرى فيه المماثلة ، فلا تثبت الشفعة أيضا . وقال الشافعى تثبت الشفعة فى كل هذا ويؤخذ العقار بقيمته ؛ لأن حكمة الشفعة ثابتة فيه فتثبت . وعقود المعاوضات المالية التى تجرى فيها الشفعة اذا خرج المشفوع فيه من ملك مالكه بأحدها تشمل ما يأتى :

(١) البيع وهو الأصل فى هذه العقود ، واذا كان البيع مقايضة بأن كان العقار مقابلا بقيمى ، فالثمن الذى يجب على الشفيع أن يقدمه هو قيمة الشىء الذى عوض العقار به . واذا كان البدل عقارا كان الواجب على الشفيع قيمته ، ويكون لشفيع كل واحد من العقارين أن يطالب بالشفعة ، ويدفع قيمة العقار الآخر الذى يكون بدلا لما يطلبه .

وانما وجبت قيمة العوض للعقار اذا كان عقد البيع مقايضة ؛ لأن المثل

الحقيق متعذر فيصار الى المثل المعنوى ، وهو مقدار ماليته أى قيمته .

(٢) الهبة بعوض مشروط ؛ لأن الهبة بعوض مشروط تعتبر معاوضة انتهاء عند أئمة الحنفية الثلاثة ، ومعاوضة ابتداء وانتهاء عند زفر ، ولذلك تجب الشفعة اذا خرج العقار المشفوع فيه من مالكه بسببها . ولا تجب الشفعة بمجرد تمام عقد الهبة ، بل لا تجب إلا بعد قبض العوض وقبض العقار ، وعند زفر يكفى وجود العقد لثبوت الشفعة . وهذا الخلاف مبنى على الخلاف فى الأصل الذى نوهنا عنه ، وهو أن الهبة بعوض مشروط تبرع ابتداء معاوضة انتهاء عند الأئمة الثلاثة ، فلا يتحقق معنى البيع عندهم إلا بعد قبض العوض بالفعل ، وعند زفر هى معاوضة ابتداء وانتهاء ؛ لوجود معنى البيع عنده بمجرد تمام العقد ، ويكون الواجب هو مثل العوض الذى قدمه الموهوب له ان كان مثليا ، وقيمته ان كان قيميا .

(٣) الصلح ، فتثبت الشفعة اذا كان العقار بدل صلح ، أى أن المدعى عليه قدمه ليتخلص به من دعوى المدعى ، وقبل هذا ذلك عوضا عن حقه ، ففى هذه الحال تثبت الشفعة للشفيع ؛ لأن المدعى ما قبل تلك الدار إلا لتكون عوضا عن حقه الذى يزعمه و يطالب به ، سواء أكان المدعى عليه مقراً بالحق أم كان منكرا له أم ساكتا لم يقر ولم ينكر ، واذا كان عقد الصلح معاوضة مالية فى نظر المدعى ، فهو مشتر للعقار بزعمه ، فتثبت الشفعة للشفيع ، لأن الاعتبار فى ذلك لاعتقاد المدعى الذى انتقل العقار اليه .

واذا كان العقار هو المصالح عنه بأن كان هو موضوع الدعوى والتنازع فقدم المدعى عليه مالا ، ليخلص له العقار ، ففى هذه الحال ان كان المدعى عليه قد قامت عليه البينة أو كان مقرا بملكية المدعى للعقار ، وقدم المال بدلا عنه ، ففى هذه الحال يكون الصلح عقد بيع بالنسبة لهما فتثبت الشفعة . وان كان المدعى عليه منكرا أو ساكتا ، لم يقم دليل على أن الصلح عقد بيع بالنسبة لمن بقى العقار فى يده ؛ فلا تثبت الشفعة إلا إذا أثبت الشفيع بالحجة الشرعية أن العقار موضوع النزاع هو ملك للمدعى ، وأن المال الذى كان بدلا للصلح هو فى الحقيقة والواقع

ثمن العقار ، وحينئذ يثبت أن عقد الصلح عقد بيع فتثبت الشفعة [١] . وهذا كله اذا كان بدل الصلح مالا فان كان بمنافع فلا تثبت الشفعة ؛ لأن الصلح يكون اجارة .

و إذا كان العقد مشتملا على خيار شرط لمالك العقار فلا تثبت الشفعة الا بعد أن يصير العقد باتا لازما بالنسبة له ، بسقوط خيار الشرط بالفعل ؛ لأن خيار الشرط إذا ثبت بالنسبة للبائع لا يخرج العقار من ملكه ، والشفعة لا تثبت إلا إذا خرج العقار من ملك صاحبه . أما اذا كان خيار الشرط مشروطا للمشترى فالشفعة تثبت بمجرد العقد ؛ لأن اشتراط الخيار للمشترى لا يمنع خروج العقار من ملكية البائع .

وان جعل البائع أو المشترى الخيار للشفيع فاختار فلا شفعة ، لأنه إن أجاز البيع كان ذلك إسقاطا للشفعة ؛ لأنه رضى بالمشترى جارا له أو شريكا ، واذا سقطت الشفعة لا تعود . و إن فسخ البيع لم يثبت عقد ، فلا تثبت الشفعة .

§ ٩١ — الشرط الثالث : أن يكون ملك الشفيع ثابتا وقت العقد فى العقار المشفوع به — وهو العقار الذى يطلب الشفيع الشفعة بسبب اتصاله بالعقار المبيع — ولا بد أن يستمر الملك الى وقت الحكم بملكية العقار المشفوع فيه له ، فاذا حدث الملك بعد العقد لا تثبت الشفعة ؛ لأن الشفيع هو الذى يعتبر دخيلا على من انتقل العقار اليه . و إذا كان الملك ثابتا وقت العقد ، ولكن زال عن المالك بأى سبب من الأسباب سقطت الشفعة ؛ لأن سببها وهو اتصال الملكية قد زال ، فتزول تبعاً له [٢] و بسبب هذا الشرط لا يصح أن يطالب بالشفعة فى موضعين :

أحدهما — اذا كان العقار فى يد من يطالب بالشفعة على أنه وقف هو ناظر عليه ؛ لأن الناظر على الوقف ليس مالكا له ، فلا يتحقق فى جانبه سبب الشفعة ، وهو اتصال الملكين ، كما أن الغرض من الشفعة لا يتحقق أيضا ؛ لأن الغرض

---

(١) ملخص من البدائع الجزء الخامس ص ١١ .

(٢) وتسقط الشفعة بعد خروج العقار من ملك صاحبه ، لا بمجرد العقد الناقل للملكية ، فاذا باع الشفيع بشرط الخيار لا تسقط الشفعة الا بعد سقوط الخيار .

هو دفع الضرر المتوقع الدائم من هذا الدخيل ، ويد الناظر على الوقف ليست يدا دائمة . وكما أن النـاظر ليس له حق الشفعة اذا بيع عقار متصـل بأعيان الوقف كذلك المستحق فى الوقف ليس له حق الشفعة ؛ لأنه منتفع ، وليس بمالك للعين . واذا كان العقار المشفوع فيه موقوفا ، و بيع لمسوغ شرعى بيعا صحيحا فان الشفعة تثبت فيه للمتصلين به من شركاء أو مرتفقين أو جيران[1] .

ثانيهما — ليس للوارث فى مذهب الحنفيـة أن يطالب بالشفعة اذا مات الشفيع المورث قبل الحـكم له ؛ وذلك لأن حق الشفعة لا يورث ؛ اذ هو ارادة ومشيئة . ولا تثبت الشفعة للوارث استقلالا ؛ لأنه لم يكن مالـكا وقت العقد الذى خرجت به ملـكية المشفوع فيه الى الدخيل .

وقال الشافعى ومالك واحمد بن حنبل : ان الشفيع اذا طالب بأخذ العين بالشفعة ثم مات ينتقل الحق الى ورثته ؛ لأن هذا حق يعتبره الشارع ، والوارث خليفة المورث فيما يملك من أموال وحقوق ، فينتقل حق الشفعة اليهم بمقتضى هذه الخلافة . ووجهة نظر الحنفية قد أشرنا اليه ، وهى أن حق الأخذ بالشفعة مجرد رأى ومشيئة ، وهما حالان للشخص ينتهيان بوفاته ، ولا وجود لهما من بعده حتى يخلفه الوارث فيهما ، فاذا كانت الشفعة من هذا القبيل فهى تنتهى بوفاة صاحبها .

ولا يوجد نص فى قانون الشفعة المعمول به يعين العمل بأحد الرأيين : رأى الحنفية أو رأى غيرهم ؛ ولذلك اختلفت المحاكم والشراح فى ذلك ، فبعض المحاكم ومعها بعض الشراح قرر أن حق الشفعة لا يورث ، سالـكا مسلك الحنفية فى أنه حق شخصى لا يبقى بعد الشخص ، ولا يخلفه فيه أحد ، و بعض المحاكم والشراح قرر أنه ينتقل الى الوارث ، سالـكا مسالك مالك والشافعى وغيرهما فى أنه حق يعتبر من مرافق الملك ، فينتقل الى الورثة كسائر الحقوق التى من هذا القبيل .

---

(١) لقد ذكر أستاذنا الفاضل الشيخ احمد ابراهيم بك فى كتابه المـعاملات أن العقار اذا أخـذ بدل عقار موقوف بطريق الاستبدال لا تثبت فيه شفعة قط ؛ لأنه يصير وقفا بمجرد الاستبدال .

وقد طرح الموضوع بسبب هـذا الخلاف على دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة ، فقررت فى ٣ مايو سنة ١٩٣٠ أن حق الشفعة لاينتقل إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل الامتلاك بالتراضى أو بقضاء القاضى [١] .

§ ٩٢ — الشرط الرابع : ألا يثبت رضا الشفيع بالعقد الذى تم بين المالك والدخيل ، فان ثبت هذا الرضا عند حصول العقد ، فليس له أن يطالب بالشفعة ؛ لأنه ان طالب يكون ساعيا فى نقض ما تم من جهته ، ومن سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه . ويشترط لتمام الرضا أن يكون عالما بالمشترى والثمن ، فان رضى بالعقد على فرض ثمن خاص أو مشتر خاص ، فتبين أن الثمن أقل مما سلم فى الشفعة على فرضه ، أو أن المشترى غير من رضيه جارا أو شريكا ، ففى هذه الحال لايعتبر راضيا ؛ لأن الرضا قام على فرض ، والواقع غيره .

والرضا قسمان رضا صريح ، ورضا دلالة ، فالصريح ما كان بعبارة مفيدة لرضاه بالمشترى جاراً أو شريكا ، والدلالة ما كان بتصرف لا يقوم الا على فرض رضا الشفيع بالدخيل ، كأن يكون هو وكيل البائع فى البيع ؛ فان ذلك يدل على رضاه بالمشترى جاراً أو شريكا ، لأن الأخـذ بالشفعة يلزم منه أن تنقض ملـكية المشترى التى ما تمت إلا بفعل الشفيع ؛ فطلب الأخير بالشفعة سعى فى نقض ما تم من جهته بلا ريب ، وذلك مردود وغير مقبول فى الشريعة الغراء كما ذكرنا . ولو كان الشفيع وكيل المشترى فى الشراء لا يعتبر ذلك رضا بالمشترى جارا أو شريكا ؛ لأنه عساه قبل الوكالة ليتم الشراء ، ويتقرر حق الشفعة . ولأن الوكالة بالشراء لا تعتبر تمليكا للمشترى من جانبه ، كما اعتبرت الوكالة فى البيع ، بل تعتبر امضاء لعقد مسبب للملـكية ناقل لها ، والمملك للمشترى هو البائع ، وطلب الأخذ بالشفعة لا ينافى انتقال الملـكية من البائع ، بل يقرره ، لأن الأخذ بالشفعة فيه إقرار لانتقال الملـكية من البائع ، ولـكن بدل أن تكون للمشترى تكون للشفيع . هذا ومن المقرر أن المشترى لو كان أحد الشفعاء لا يسقط حقه فى الشفعة ، واذا كانت مباشرة

---

(١) راجع كتاب الشفعة للأستاذ الجليل الدكتور محمد كامل مرسى بك ص ٣٢٨ .

الأصيل لعقد الشراء لا تسقط حق الشفعة ، فكذلك مباشرة الوكيل لا تسقط الحق بالنسبة اليه .

طلب الشفعة

§ ٩٣ — لا بد لطلب الأخذ بالشفعة الذى يقبله القضاء ويقضى به شرعا من تحقق أمرين : أحدهما — أن يطالب الشفيع بالعقار المبيع كله لا بعضه ؛ لأنه ان طالب ببعضه فقد رضى بالمشترى شريكا ، وبذلك يكون متناقضا مع طلبه ؛ لأن الأخذ بالشفعة لدفع ضرر الدخيل الجديد فان رضيه شريكا ، فقد أقر بأنه لا ضرر من شركته ، وبالأولى لا ضرر من جواره ، فيسقط حق الشفعة على الأقل فى اعتباره ، ولأنه لو أخذ بعض العقار المشفوع فيه لتفرقت الصفقة على المشترى لأنه ما اشترى الجزء ، بل اشترى كل العقار ، وتفريق الصفقة على المشترى لا يصح من غير رضاه ، ولا يوجد سبب شرعى يسقط ذلك الحق للمشترى .

واذا تعدد المشترون يصح للشفيع أن يطالب بحصة أحدهم دون الباقين ، لأنه ربما كان الاتصال بأحدهم ضارا فيطالب بحصته ، والاتصال بالآخرين غير ضار فلا يطالب بحصصهم (١) .

ثانيهما — أنه لا بد من وجود ثلاثة طلبات :

(أولها) طلب المواثبة ، وذلك بأن يطالب بالشفعة عقب العلم بالبيع والثمن والمشترى . ووقت هذا الطلب يكون فور العلم ، حتى لو علم بالبيع بكتاب والخبر فى أوله لا ينتظر حتى يتم الكتاب قراءة ، وهذا عند الجميع فى الرواية الراجحة فى المذهب ، وروى عن الامام محمد أن وقت الطلب ممتد الى آخر المجلس ، ووجه الرواية الأولى ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « انما الشفعة كنشط

---

(١) واذا تعدد البائعون وكان المشترى واحدا اختلفت الروايات فى المذهب ، فظاهر الرواية أن ليس للمشترى أن يطالب نصيب أحد البائعين ، سواء أتم القبض أم لم يتم ، ورواية أخرى أن للشفيع أن يطالب بنصيب أحد البائعين قبل القبض ، وبعده لا ، والصحيح ما فى ظاهر الرواية .

عقال ان قيد مكانه ثبت ، والا ذهب » وفى بعض الروايات « انما الشفعة كحل عقال ان قيد مكانه ثبت ، والا فاللوم عليه » . ولأنه حق ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القواعد الفقهية عند الأكثرين ، فلا يستقر إلا بالطلب على المواثبة ، و يذهب به أقل تردد .

ووجهة الرواية الثانية عن محمد أن حق الشفعة ثبت لمصلحة الشفيع لدفع الضرر عنه ، لاحتمال أذى المشترى الجديد ، وذلك ضرر خفى يحتاج الى النظر والتأمل ، ليوازن بين غرم الشراء ، وضرر الدخيل ، ومن جهة أخرى ليعرف صلاحية الثمن وخلوه من الغبن ، وذلك التأمل اللازم يحتاج الى وقت ، فكان المعقول أن يمتد الى آخر المجلس.

ولا يشترط لهذا الطلب الاشهاد عليه ، وان كان من مصلحة الشفيع أن يشهد عليه ليستطيع اثباته بالبينة اذا أنكر المشترى وقوعه .

(ثانيا) طلب التقرير والاشهاد وذلك بأن يذهب الى العقار ، أو الى المشترى ، أو الى البائع اذا كان المبيع لا زال فى يده ، ويطالب بالشفعة ويشهد على ذلك وجوبا ، لكى يتقرر حقه . أما جواز الطلب عند المبيع فلأن الحق متعلق به ، وأما الطلب عند المشترى فلأنه الخصم فى كل حال ، سواء أكان العقار فى يده أم لا يزال فى يد البائع ، وأما الطلب من البائع اذا كان العقار لا يزال فى يده ، فذلك لأنه خصم بمقتضى يده .

ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكين من الاشهاد عند أحد هؤلاء الثلاثة ، حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته ، وان قصد الأبعد وترك الأقرب لم تبطل الشفعة ان كانوا فى مصر واحد وان كان بعضهم خارج المصر ، وهو الأبعد فقصده، وترك الأقرب تبطل الشفعة .

واذا تم الاشهاد على الشفعة عند العقار أو عند المشترى أو البائع فى طلب المواثبة ، كان فيه معنى طلب التقرير وأغنى عنه ، فلا يكون ثمة حاجة اليه .

(ثالثا) طلب الامتلاك بالمخاصمة والترافع الى القضاء . ولقد قرر الفقهاء أن الشفعة تستقر بالطلبين السابقين ، ولذا لم يجعل أبو حنيفة لهذا الطلب الأخير مدة

معينة ؛ لأن التأخير لا يضر بعد تقرر الحق . وروى هذا عن أبي يوسف أيضا كما روى عنه أن الشفيع إن ترك المخاصمة زمنا كان يستطيع المخاصمة فيه بطلت شفعته . وقال محمد وزفر رحمهما الله إذا مضى شهر بعد الاشهاد والتقرير ولم يطلب من غير عذر بطلت شفعته ، وهو رواية عن أبي يوسف[1] .

وقد استدل لمحمد وزفر فى قولهما انه ان ترك شهرا بعد الاشهاد بطلت شفعته بأن المشترى يتضرر بترك الأمر معلقا من غير أن يجعل للطلب نهاية زمنية معلومة ، لأنه لا يبنى ولا يغرس ولا يقوم بشىء مما يحتاج اليه العقار ما دام مهددا بنزعه من يده ، وذلك ضرر بلا ريب ؛ إذ هو يحد إرادته فى التصرف فى ملكه ، ولا يصح أن يدفع الضرر المحتمل للشفيع بهذا الضرر الذى يقع بالمشترى من التأخير .

واستدل لأبى حنيفة بأن الحق قد ثبت بالمواثبة والتقرير . والأصل أن الحق متى ثبت لانسان لا يبطل الا بابطال شرعى ، ولم يوجد ؛ لأن تأخير المطالبة لا يكون إبطالا كتأخير استيفاء الديون لا يعد ابراء .

§ ٩٤ — والخصم فى طلب الشفعة هو المشترى سواء أكان العقار فى يده أم لا يزال فى يد البائع ، وقد ترفع الدعوى على البائع اذا كان العقار لا زال فى يده ، ولكن لا تسمع البينة ولا يقضى الا فى حضرة المشترى ؛ لأنه الخصم الأصلى ؛ اذ هو الذى سينتزع الملك جبرا عنه ؛ ولأن أخذ المبيع من يد البائع يوجب عدم امكان تسليم المبيع قبل القبض ، وذلك يوجب فسخ البيع بالنسبة للمشترى ، ولا يجوز الفسخ الا فى حضوره .

ويصح أن ترفع الدعوى على وكيل المشترى اذا كان قد تسلم العقار من البائع ولم يسلمه الى المشترى ؛ وذلك لأن الشفعة من حقوق العقد ، وهى راجعة الى الوكيل فى البيع والشراء عند الحنفية . وروى عن أبى يوسف أن الشفيع

---

(١) قد روى اذن عن أبى يوسف ثلاث روايات احداها أنه مع أبى حنيفة فى أن التأخير لا يسقط الشفعة ، وثانيتها أن الشفعة تسقط اذا ترك المخاصمة مدة كان يستطيع فيها المخاصمة ولم يفعل ، و ثالثها أنه ان تركها شهرا سقطت الشفعة والا لا تسقط .

لا يخاصم الوكيل ، بل يخاصم الموكل ، وذلك لأن الوكيل لم يشتر لنفسه بل اشترى لموكله ، ولأن الشفعة ليست من حقوق العقد ، بل من متعلقات حكم العقد ، وهو الملك ، والملك يتعلق بالموكل ، لا بالوكيل ، ألا ترى أن غاية الشفعة أن ينزع الملك ممن آل اليه ، والذى آل اليه الملك هو المشترى ، وليس الوكيل .

الملك بالشفعة

§ ٩٥ — يملك الشفيع العقار المشفوع فيه بأحد أمرين : اما بالتراضي مع المشترى ، ويكون الأخذ حينئذ شراء جديدا من المشترى ، ولا ينقض البيع الأول بلا خلاف . واما بحكم القاضي ، ويكون الأخذ بحكم القضاء كشراء جديد من المشترى، اذا كان قد تسلم العقار ، ويكون هذا تقريرا للبيع . واذا كان العقار لا زال فى يد البائع ، أيعتبر الأخذ بحكم القضاء نقضا للبيع ، أم يكون شراء جديدا غير ناقض للبيع الأول ؟ اختلفت فى ذلك الروايات والأقوال فى المذهب . فقال بعض المشايخ وهو احدى الروايتين : ان البيع فى ذاته لا ينقض ، ولكن يتحول من المشترى الى الشفيع ، فان كان ثمة نقض فى البيع فهو بالنسبة للمشترى ، وليس هناك نقض للعقد فى ذاته . وقال بعض آخر وهو الرواية الثانية : ان البيع الأول ينقض ، ويكون بين الشفيع والبائع ما يشبه البيع الجديد . وحجة الرأى الأول أن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة ، لأنها قامت على أساس وجود بيع ، فاذا انتفى انتفت وتكون قد عادت على أصلها الذى قامت عليه بالنقض ، فتهدم .

ووجهة الرأى الثانى أن القاضى اذا قضى بالشفعة قبل تسليم البائع العقار للمشترى فان المشترى يعجز عن أخذ المبيع ، والعجز عن قبض المبيع يوجب بطلان البيع لخلوه عن الفائدة . وأيضا فان البيع قد أوجد ملكا للمشترى فى العقار ، وبحكم القاضى قد صار الملك للشفيع ، وزال أثر البيع ، ولا يزول أثر البيع الا اذا زال البيع نفسه .

ومهما يكن من الاختلاف بالنسبة لبقاء البيع أو انتقاضه ، فمن المقرر أن الأخذ بالشفعة بالنسبة للشفيع يكون فى حكم الشراء الجديد ، سواء أكان بالقضاء

أم بالتراضى . فله أن يرد العقار المشفوع فيه بخيار الرؤية ان لم يكن رآه ، وله الرد بخيار العيب اذا رأى فيه عيبا ، ولو كان المشترى قد اشترط عليه البراءة من كل العيوب .

§ ٩٦ — وملك الشفيع للعقار يبتـدىء من وقت التراضى بينه وبين المشترى ، أو من وقت الحـكم بالأخذ بالشفعة ، ولا ملك له قبل الأخذ بأحد هذين الأمرين ، بل الملك قبل ذلك للمشترى ؛ لأن سبب الملك قائم وهو الشراء ، ولا يتنافى طلب الشفعة مع ذلك ، بل إن الشفعة تقوم على خروج العقار من ملك مالـكه ، ولا يخرج سائبة من غير مالك ، بل يدخل فى ملك المشترى . وان كل ما للشفيع قبل الحـكم من حق انما هو حق المطالبة بالعقار بسبب الشفعة ، وذلك لا يثبت ملكا الا بعد التراضى أو الحكم ، فلا ملك إذن للشفيع قبل ذلك ، وهذا هو المنصوص عليه فى كتب الحنفية[١] . ولـكن قانون الشفعة لم يتعرض لابتداء الملك بالشفعة ولم يبينه ؛ ولذا اختلفت المحاكم فى ذلك على ثلاثة آراء : فبعضها قضى بأن الملك للشفيع يستند إلى وقت العقد ، و بعضها رأى أن الملك يثبت له مستندا إلى وقت المطالبة بالعقار المشفوع فيه بمقتضى الشفعة ، و بعضهـا قرر أن الملك يبتدىء من وقت الحـكم ، لا من وقت الطلب ولا من وقت البيع ، وهذا الرأى الأخير هو الذى اختارته دوائر محكمة الاستئناف المجتمعة [٢] .

§ ٩٧ — و إذا كان ملك المشترى ثابتا على العقار المشفوع فيه قبل الحـكم بالشفعة ، فله أن يتصرف فيه تصرف المالك من كل الوجوه ، فله أن يبنى فيه ، وأن يغرس أشجارا ، ويهدم ، و يقلع ، و يزيد ، و ينقص ، و يستغل و يستعمل ، وله أن يتصرف كل التصرفات الشرعية من بيع وهبة ووقف وغير ذلك ، ولـكن هذه التصرفات عرضة للنقض إذا حـكم للشفيع بالملك بمقتضى الشفعة ، فاذا وقف

(١) راجع البدائع الجزء الخامس ص ٢٢ . و ص ٢٣ . وراجع الأشباه والنظائر الجزء الثانى فى باب الملك.

(٢) راجع كتاب الشفعة لأستاذنا الـكبير الدكتور محمد كامل مرسى بك ص ٣٣٩ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ، ٣٤٢ .

المشترى ، ثم حكم للشفيع ، فله نقض الوقف وأخذ العقار ، ولو كان الوقف وقف مسجد .

§ ٩٨ — وإذا كان المشترى قد أحدث زيادات فى العقار ، ثم جاء الشفيع وامتلكه بمقتضى الشفعة ، فان كانت هذه الزيادة لا تقبل الانفصال عن العين كطلاء العقار ، فان الشفيع يأخذ العقار بالثمن وقيمة الزيادة ؛ لأنها زادت قيمة العين . وان كانت الزيادة تقبل الانفصال عن العين بأن كانت تنفصل عنها من غير ضرر بها ، وتكون لها قيمة بعد انفصالها ، كالبناء وغرس الأشجار ، وكالزرع فالحكم فى هذه الحال أنه ان كان لاتصال الزيادة بالأرض وقت معلوم ثم تنفصل بعده كالزرع ، فانه يبقى فى الأرض بأجر المثل الى أن ينضج ويحصد ، لأنه لا ضرر على المشترى فى ذلك ، اذ لا يتلف زرعه ، ولا ضرر على الشفيع ، اذ سيأخذ الأجرة .

وان لم يكن للزيادة التى تقبل الانفصال أمد محدود معلوم ، وذلك كما فى البناء فى العقار والغراس فيه ، فالحكم أنه يخير الشفيع بين ثلاثة أمور : اما أن يترك الأخذ بالشفعة ، وإما أن يأخذ العقار بثمنه والشجر أو البناء بالقيمة مستحقين القلع والهدم [1] . واما تكليف المشترى قلع الشجر وهدم البناء وتسليم العين . غير أنه يلاحظ أن أخذهما بقيمتهما مستحقين للقلع أو الهدم إنما يكون إذا رضى المشترى بذلك ، والا كلف الهدم أو القلع ، إلا إذا كان القلع أو الهدم يضر بالأرض ، ففى هذه الحال لا حاجة إلى رضاه فى أخذهما بقيمتهما مستحقين للقلع أو الهدم .

هذا هو الرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه . وروى

---

(١) للبناء والشجر ثلاث قيم (ا) قيمتهما مستحقين للبقاء ، وتقدر هذه القيمة بما أحدثاه من زيادة فى قيمة العقار وهما فيه بأن تقدر قيمة العقار خاليا منهما وقيمته وهما قائمان به فالفرق هو قيمتهما مستحقين للبقاء، (ب) قيمتهما والبناء أنقاض ، والشجر مقلوع . وهذه تقدر بعد القلع والهدم ، (جـ) وقيمتهما مستحقين للقلع أو الهدم . وهذه تقدر لهما بعد القلع أو الهدم، ثم يستنزل منها تكاليف القلع أو الهدم .

عن أبى يوسف أن الشفيع مخير بين أمرين فقط : إما أن يترك الشفعة ، واما أن يأخذ العقار بثمنه ، والشجر والبناء بقيمتهما مستحقين للبقاء ، وليس له أن يكلف المشترى القلع أو الهدم . وذلك هو مذهب مالك والشافعى . ولكل من الرأيين وجهة ، فوجهة الرواية الراجحة فى مذهب أبى حنيفة أن المشترى بنى وغرس فى عقار تعلق به حق مؤكد لغيره ، يجعله أولى بالعقار منه ، ولم يكن بناؤه وغرسه باذن أو تمكين منه ، فكان من حقه أن يأخذ العين خالية مما زاده ، فله أن يكلفه القلع والهدم . وان كان ذلك يضر بالأرض أخذه بقيمته مستحقا للقلع أو الهدم ، وما يحصل المشترى من ضرر فهو السبب فيه ؛ لأنه كان يجب أن يحتاط لنفسه ، فلا يحدث زيادة فى عين كان يتوقع أن تنتزع منه جبرا عنه .

ووجهة نظر أبى يوسف ومالك والشافعى أن التكليف بالهدم أو القلع أو الأخذ بالقيمة مستحقين للقلع والهدم ، إنما يكون ذلك إذا كان ما فعله المشترى يعتبر عدوانا ، مع أنه ليس فى فعله عدوان ، لأنه يبنى و يغرس فى خالص ملكه ؛ لأنه بالشراء صار العقار مملوكا له ، فله كل صنيع الملاك ، فلا يصح اذن أن يعامل معاملة المغتصبين ، بأن يكلف القلع أو الهدم . وتكليف الشفيع أخذ البناء أو الغراس بقيمتهما مستحقين للبقاء أى بما زاداه فى قيمة العقار هو العدل ، لأنه لا يتضرر واحد منهما ، إذ الشفيع يأخذ شيئا بقيمته فلا شطط ولا جور بالنسبة له ، والمشترى سيعوض عما أنفق بلا زيادة ولا مغالاة .

وقانون الشفعة فصل فى ذلك الموضوع تفصيلا حسنا ، فأخذ برأى أبى حنيفة فى الحال التى يكون فيها البناء والغرس بعد طلب الأخذ بالشفعة ؛ لأنه يكون المشترى قد أقدم على البناء ، وهو يعلم أن العين ستؤخذ منه ، فان كلف القلع أو الهدم وحدث له ضرر فهو الجانى على نفسه . وان كان البناء أو الغراس قبل الطلب فقد أخذ القانون بمذهب مالك والشافعى والرواية عن أبى يوسف ؛

لأنه عسى أن يكون المشترى غير متوقع الطلب بالشفعة ، ثم هو يتصرف فى ملكه .

وإذا حدث نقص فى المشفوع فيه فى يد المشترى ، فان كان النقص فى نفس العقار كأن يكون بجوار نهر فأخذ منه جزءا فى مجراه ، فالحكم فى هذه الحال أن الشفيع يأخذ العقار الباقى بحصته من الثمن ، بأن تقدر قيمته ناقصا وقيمته غير ناقص ، وينقص من الثمن نسبة النقصان . فاذا كانت القيمة ناقصا مائة وكانت القيمة كاملا عشرين ومائة والثمن ثمانية ومائة ، ففى هذه الحال ينقص من الثمن مقدار السدس ، لأن العشرين وهى الفرق بين القيمتين تعادل سدس قيمته كاملا ، فينقص من الثمن سدسه .

وإن كان النقص فى تابع العقار كالبناء والشجر فان كان بغير فعل أحد ، كتهدم البناء أو احتراقه ، فالشفيع اما أن يأخذ العقار بالثمن كاملا ، واما أن يترك ؛ لأنه لا غريم له ، وان كان بصنع المشترى ، فالشفيع مخير بين ترك الشفعة ، وبين أن يأخذ العقار بحصته من الثمن ، وطريقة معرفة ذلك كما بينا آنفا ، وفى الحال التى يكون فيها المتلف للبناء أو الشجر غير المشترى يرجع عليه هو بما غرم بسبب فعله .

§ ٩٩ — والثمن الذى يجب على الشفيع فى الشفعة هو مثل الثمن الواجب على المشترى . فان كان الثمن مثليا وجب مثله ، وان كان قيميا وجبت قيمته[١] ؛ لأن الواجب هو المثل ، فان أمكن المثل فى الصورة والمالية وجب هو ، وذلك يكون فى المثلى ، وإذا تعذر المثلى فى الصورة ، كما فى القيمى وجب المثلى فى المالية وهو القيمة ؛ وعلى ذلك اذا تقايض شخصان فأعطى كل واحد عقاره فى نظير عقار صاحبه ، فان الشفعة تثبت لشفعاء العقارين ، ويكون الواجب على الشفيع قيمة العقار الذى اعتبرت قيمته ثمنا بالنسبة له .

واذا حط البائع جزءا من الثمن عن المشترى فان ذلك الجزء ينقص أيضا من الواجب على الشفيع ؛ لأن الجزء الباقى يكون هو الثمن ، ولكن اذا وهب البائع

(١) وقال أهل المدينة اذا كان الثمن قيميا تجب قيمة العقار المشفوع ، لا قيمة الثمن .

الثمن للمشترى ، فان الشفيع لا يسقط عنه شيء ، لأنه لم يبق شيء يصلح ثمنا مستقلا .

واذا زاد المشترى الثمن للبائع لا تلزم الشفيع هذه الزيادة ؛ لأنها تبرع من المشتري ، والتبرع منه لا يلزم الشفيع ، وعساه يكون فعل ذلك مضارة بالشفيع ، فيرد عليه قصده .

واذا كان الثمن مؤجلا عن المشتري ، لم يثبت الأجل للشفيع عند الأئمة الثلاثة من فقهاء الحنفية . وقال زفر ومالك [١] والشافعى : ان الأجل يثبت فى حقه ، ووجهتهم أن الشفيع يملك المشفوع فيه بالثمن الذى ثبت وجوبه على المشترى . والثمن الذى ثبت وجوبه على المشترى فى حال التأجيل ثمن موصوف بهذا الوصف ، فيثبت على الشفيع بوصفه . ووجهة نظر الحنفية فى هذا أن الأجل لم يثبت وصفا للثمن ، ولكن ثبت شرطا فى العقد بين البائع والمشترى ، والشروط التى تكون بين البائع والمشترى لا تثبت فى حق الشفيع ، فخيار الشرط للمشترى لا يثبت فى حق الشفيع ، وشرط البراءة من كل العيوب لا يلتزم به الشفيع ، وهكذا فكذلك الأجل شرط بين البائع والمشترى لا يثبت فى حق الشفيع . وعلى ذلك يكون الشفيع عند الحنفية مخيرا بين أمرين : اما أخذ المشفوع فيه بثمن حال قبل نهاية الأجل ، واما تأجيل الأخذ حتى ينتهى الأجل ، وليس معنى ذلك أن يؤجل طلب الأخذ بالشفعة حتى ينتهى الأجل ، بل يطالب فى المواعيد المقررة الثابتة ، ولكن لا يأخذ العقار الا بعد أن ينتهى الأجل ويسلم الثمن . ولقد روى عن أبى يوسف أنه قال ان : الطلب أيضا يتأخر ، لأن الطلب ليس بمقصود لذاته ، بل للأخذ ، واذا تأخر الأخذ يكون له الحق فى تأخير الطلب .

وقد أخذ قانون الشفعة بنظرية الحنفية فى أن الشفيع لا ينتفع بالأجل الذى ضرب للمشترى ، وذلك ما نصت عليه المادة الثالثة عشرة ، ونصها : « يحل الشفيع

---

(١) ولقد اشترط مالك لثبوت التأجيل فى حق الشفيع أن يكون مليئا ، أو يأتى بضامن يكفل الأداء ، وذلك معقول جدا .

بالنسبة للبائع محل المشفوع منه فى كافة ما كان له وعليه من الحقوق ، على أن المشترى اذا استحصل على تأجيل الثمن لا ينتفع الشفيع من هذا التأجيل الا برضا البائع » .

مسقطات الشفعة

§ ١٠٠ — قد تبين مما تقدم الأمور التى تسقط بها الشفعة ، والآن نلخص بعضها فمنها :

ا — الرغبة عن الشفعة صراحة كأن يقول : أبطلت الشفعة ، أو أسقطت حقى فى العقار المشفوع فيه ، أو نحو ذلك من العبارات الصريحة فى ترك الشفعة ؛ وذلك لأن شرط الشفعة عدم الرضا بالدخيل جارا أو شريكا كما تقدم، ولأن الشفعة خالص حقه فله أن يتمسك به ، وله أن يتنزل عنه ، واذا تنزل سقطت الشفعة والساقط لا يعود إلا بسبب جديد . وشرط الاسقاط بهذا النوع الصريح أن يكون بعد البيع وقبل الحكم ، لأنه قبل البيع لم يثبت السبب الداعى للشفعة فلا تثبت ، ولا معنى لاسقاط حق لم يثبت بعد ، و بعد القضاء قد ثبتت ملكيته للعين المشفوع فيها ، فلا يسقط الحق إلا بالفسخ وذلك بعقد بينه و بين المشترى .

ب — وجود تصرف من الشفيع يدل على ترك الشفعة ، ويكون ذلك تركا للشفعة دلالة . وذلك كأن يترك طلب المواثبة أو التقرير فى ميقاتهما ، أو يستأجر المشفوع فيه من المشترى ، أو يساومه فيه ؛ لأن ذلك يعتبر اقرارا لملكية المشترى، واسقاطا لحقه فى الشفعة ، ومن ذلك أن يكون وكيل المالك فى البيع كما بينا .

جـ — إذا لم تستمر ملكية الشفيع للعقار المشفوع به ، لأنه اذا خرج من ملكه سقط سبب الشفعة فتسقط معه .

د — موت الشفيع ؛ فان الشفعة لا تنتقل إلى الوارث عند الحنفية ، وقد بينا ذلك فى موضعه ، فارجع اليه .



نظرية العقد في الشريعة الاسلامية

العقد

§ ١٠١ — ذكرنا أن أسباب الملكية ثلاثة أنواع — أولها — السبب المنشئ للملكية على الأشياء بعد أن لم تكن ، وهو الاستيلاء على الأشياء المباحة ، وقد بيناه — ثانيها — الخلافة عن المالك ، وموضع ذلك الكلام فى الوصايا والمواريث — ثالثها — الأسباب الناقلة للملكية من حيز الى حيز ، وذلك يكون بالعقود التى تفيد نقل الملكية . وكلامنا الآن فيما يشمل هذا القسم الأخير وهو أحكام العقود . ونكتفى هنا بالأحكام العامة لها ، ولا نخص آحادها بالبيان . ولنبدأ بتعريف العقد :

يطلق العقد فى اللغة على الجمع بين أطراف الشىء وربطها ، وضده الحل ، ويطلق بمعنى احكام الشىء وتقويته . ومن معنى الربط الحسى بين طرفى الحبل أخذت الكلمة للربط المعنوى للكلام أو بين الكلامين ، ومن معنى الإحكام والتقوية الحسية للشىء أخذت اللفظة وأريد بها العهد ، ولذا صار العقد بمعنى العهد الموثق ، والضمان ، وكل ما ينشىء التزاما .

هذا معنى العقد فى اللغة ، والمعنى الذى اصطلح عليه الفقهاء لكلمة العقد لا يبعد عن المعنى اللغوى له ، بل هو فى الواقع تقييد للمعنى اللغوى وحصر له ، وتخصيص لما فيه من العموم . والمتتبع لكلام الفقهاء المتفهم لمانيه يرى أن للعقد معنيين عندهم ، ويطلق باطلاقين ، فنرى من عباراتهم ما يفيد أن العقد هو ربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعى بالتزام لأحد الطرفين أو لكليهما ، وهذا يتفق كل الاتفاق مع تعريف القانونيين للعقد بأنه توافق ارادتين على انشاء التزام أو نقله أو انهائه(١) . ولذا لا نجد أكثر الفقهاء يطلقون على الطلاق والابراء والاعتاق وغيرها مما يتم بكلام طرف واحد من غير كلام الطرف الثانى — اسم العقد ، ويطلقون على البيع ، والهبة ، والزواج ، والاجارة وغيرها مما لا يتم إلا بربط كلامين من طرفين اسم العقد .

(١) نظرية العقد لأستاذنا الدكتور السنهورى بك ص ٧٩ ، ٨٠ .

و بجوار هذا نجد من الكتاب فى الفقه من يعممون ، فيطلقون كلمة العقد على كل تصرف شرعى سواء أكان ينعقد بكلام طرف واحد أم لا ينعقد إلا بكلام طرفين ، و يقولون ان كل ما عقد الشخص العزم عليه ، فهو عقد ، وقد بين ذلك ابو بكر الرازى فى أحكام القرآن ، وهو يرى أن العقد فى أصل اللغة الشد ثم نقل الى الايمان والتصرفات الشرعية ، من كل ما يراد به التزام شخص الوفاء بشىء يكون فى المستقبل أو الزامه به ، فيسمى فى نظره البيع والنكاح والاجارة وسائر عقود المعاوضات عقودا ، لأن كل واحد من العاقدين قد ألزم نفسه الوفاء بشىء من جانبه ، وكذلك تسمى الشركة والمزارعة والمساقاة وغيرها عقودا ؛ لما فيها من هذا المعنى ، وكذلك العهد أو الحلف على شىء فى المستقبل يسمى أيضاً عقدا ؛ لأن الحالف أو المتعهد قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه أو بما تعهد به ، بل إن الرازى يعد كل شرط يشترطه الشخص على نفسه عقدا ؛ لأنه التزم وفاءه فى المستقبل [1] . وخلاصة القول ان العقد فى نظر الرازى كل ما التزم فيه الشخص الوفاء بأمر فى المستقبل ، سواء أكان ذلك الالتزام بالزام نفسه أم كان باتفاق مع شخص آخر ، وعلى هذا الاطلاق كثيرون من الفقهاء ، ولذلك يتكلمون فى التعليق ، والشروط المقترنة بالعقود على الطلاق والابراء والاعتاق ، على أنها عقود ، مع أنها لا تعتبر عقودا ، الا على هذا المعنى ؛ لأنها تنشىء التزاما بأمر فى المستقبل ، وهو عدم الحل فى الطلاق ، وعدم المطالبة فى الابراء ، وسقوط الملكية فى العتاق .

§ ١٠٢ — واذا كان للعقد اطلاقان على ما تبين ، فالعلاقة المنطقية بينه و بين التصرف الشرعى ، أنه على اعتبار أن العقد توافق ارادتين ينشأ عنه التزام ، أو ربط كلامين ينشأ عنه حكم شرعى [2] يكون التصرف الشرعى أعم من العقد ؛ لأن التصرف يشمل العقد بهذا المعنى و يشمل غيره .

---

(١) أحكام القرآن الجزء الثانى ص ٢٩٤ سورة المائدة .

(٢) معنى الحكم الشرعى هنا الأثر الذى يرتبه الشارع على توافق الارادتين .

وأما على اعتبار أن العقد كل ما ترتب عليه التزام سواء أتكون من توافق ارادتين ، أم بالتزام ارادة واحدة منفردة ، فيكون العقد مرادفا للتصرف ، ومساويا له فى الدلالة والمعنى ؛ لأن التصرف الشرعى كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب عليه الشارع أثرا شرعيا فى المستقبل .

وفى الجملة إن كتب الفقه تذكر كلمة العقد ، وتريد بها أحيانا المعنى العام ، وهو المراد للتصرف، وتذكرها أحيانا وتريد بها المعنى الخاص، وهو ما لا يتم إلا من ربط كلامين يترتب عليه أثر شرعى يقرره الشارع ، وهذا المعنى هو الشائع الكثير المشهور ، حتى يكاد ينفرد هو بالاصطلاح ، ولذا إذا أطلقت كلمة العقد تبادر الى الذهن ، أما المعنى الثانى ، فلا تدل عليه كلمة العقد ، الا بتنبيه يدل على التعميم .

ولا نكاد نجد فقيها يطلق كلمة عقد ويريد الطلاق ، أو الاعتاق ، أو اليمين من غير تنبيه ؛ لذلك نعد الاصطلاح الشائع الأغلب أطلاق العقد فى المعنى الخاص ، دون العام الذى يراد به ما يرادف التصرف الشرعى .

ركن العقد[1]

§ ١٠٣ — اذا سرنا على تعريف العقد العام الذى يشمل بمقتضاه كل التصرفات الشرعية ، كان ركن العقد مختلفا باختلاف نوع التصرف ، فان كان من التصرفات التى تتم بارادة واحدة كالعتق والطلاق ، والوقف من حيث انشاؤه (على قول أكثر الأئمة أصحاب المذاهب) ، فالتصرف ينعقد بعبارة من له الارادة المنشئة للعقد من غير نظر الى رضا سواه ، ومن غير حاجة الى ضم عبارة غيره الى عبارته . أما ان كان من التصرفات التى لا تتم الا بتوافق ارادتين ، كالبيع والاجارة وغيرهما ، فلا بد لانعقاده من عبارتين تعبران عن كلتا الارادتين ، وتنبئان عن توافقهما والتقائهما .

واذا كنا نسير على مقتضى المشهور الغالب ، وهو أن العقد لا يكون إلا بالمعنى الخاص ، فلا بد لانعقاد العقد من عبارتين تدلان على توافق الارادتين ،

(١) المراد من الركن ما تتكون منه حقيقة العقد ، ولا تثبت ماهيته ثبوتا حسيا الا به .

وقد اصطلح الفقهاء على تسمية هاتين العبارتين بالايجاب والقبول .

والايجاب ما صدر من أحد العاقدين أولا ، والقبول ما صدر من العاقد الثانى ثانيا ، وسمى القول الأول ايجابا ، والثانى قبولا ؛ لأن الايجاب معناه الاثبات ، ولما كان القول الأول أصلا لاثبات الالتزام ، والثانى يجىء مبنيا عليه وما فيه من التزام انما كان للرضا به ؛ لذلك كان الأول هو الايجاب ؛ إذ هو عمدة الالتزام وعماده ، وكان الثانى قبولا ؛ لأنه رضا بما فى الأول من التزام والزام . وما تضمن القبول من الالتزام بالنسبة للعاقد الثانى ، الا لرضاه بما تضمنه قول الأول من الزام ، فمثلا اذا قال البائع فى ايجاب عقد بيع بعت هذه العين بمائة ، فمعنى ذلك أنه يرضى بخروج العين من ملكه فى نظير مائة ، فايجابه تضمن التزاما بخروج العين من ملكيته ، والزاما للمشترى بمائة ، فاذا صدر القبول من المشترى فمعنى ذلك قبول الالتزام ، والرضا بدفع المائة ، وهو الالزام الذى تضمنه الايجاب .

ومن البداهة أنه لابد أن يتوافق الايجاب والقبول لأجل أن يتكون العقد من مجموعهما ؛ لأنهما ما كانا ركنا للعقد إلا لدلالتهما على توافق الارادتين ، وتلاق الرغبتين ؛ فاذا كان القبول مخالفا للايجاب بأن ورد الايجاب على موضوع والقبول على غيره ، أو ورد الايجاب مقيدا بوصف ، والقبول جاء مقيدا بوصف آخر ، كأن يوجب العاقد عقد زواج بايجاب فيه مقدار من المهر ؛ ويصدر عنها القبول بمهر آخر ، ففى هذه الحالة لم يتلاق الايجاب والقبول ولم يتوافقا ؛ فلا يوجد العقد ؛ لأن توافق الايجاب مع القبول هو حقيقة العقد ، ولم يوجد هذا التوافق .

بيد أنه اذا كانت مخالفة القبول للايجاب الى ما هو فى مصلحة الموجب ، فان العقد ينعقد مع هذه المخالفة ؛ لأنها مخالفة فى الظاهر ، وتوافق فى الحقيقة والواقع ، فاذا قالت المخطوبة تزوجتك على مهر قدره مائة ، فقال الزوج قبلت على مهر قدره مائة وخمسون ، ففى هذه الحال تكون مخالفة القبول للايجاب مخالفة فى مصلحة الموجب ، وهو الزوجة ، فينعقد النكاح مع هذه المخالفة ، وذلك لأن من ترضى الزواج بمائة مهراً ترضى بالأولى بمائة وخمسين ، وليس التوافق بين الايجاب

والقبول بلازم لتكوين العقد إلا للدلالة على تلاقى الرغبتين ، وتوافر الرضا بالعقد من الجانبين ، ولا شك أن هـذا النوع من المخالفة يدل على الرضا من الجانبين دلالة أبلغ من التوافق فى المعنى والحقيقة ، إذ القابل برضاه بمهر أكبر مما أوجبت قد دل على رضاه بعقد الزواج بأبلغ وأمكن مما لو ذكر توافق الايجاب مع القبول ، ولـكن لا يجب عليه من المهر إلا مائة ، والحسون لا تثبت الا اذا صدر عنها ما يدل على رضاها بهـذه الزيادة ، وقبولها لها ؛ لأن شيئا لا يدخل فى ملك الشخص جبرا عنه .

§ ١٠٤ — ولقد اشترط الفقهاء ؛ لكى يكون القبول متلاقيا مع الايجاب مبنيا عليه ثلاثة شروط : أولها أن يكونا فى مجلس واحد ، وثانيها ألا يصدر من العاقد الثانى ما يدل على اعراضه بأن يفصل بينهما بكلام أجنبى لا صلة تربطه بموضوع العقد ، وثالثها ألا يرجع الموجب فى إيجابه قبل قبول القابل .

وانما اشترط الشرطان الثانى والثالث ؛ لأن الفصل بكلام أجنبى اعراض عن الايجاب ورفض له ، فيعتبر كأن لم يكن ، فاذا جاء قبول بعد ذلك ، فقد جاء على غير إيجاب ، وقام على غير عماد . وإذا رجع الموجب فى إيجابه قبل قبول العاقد ، فقد سحب الايجاب ، وصار كأن لم يكن ، فيعتبر القبول بعد ذلك واردا أيضا على غير إيجاب يبنى عليه . وللموجب أن يرجع عن إيجابه ما دام لم يقيد بالقبول ؛ لأن الالتزام لا يتحقق إلا إذا وجد العقد ، ولا يوجد العقد الا إذا تم توافق الايجاب مع القبول ، فما لم يوجد قبول لا يوجد عقد ، فلا يكون التزام ، ولذا يكون للموجب أن يرجع فى إيجابه قبل القبول ، إذ لم يوجد بعد التزام يمنعه من الرجوع .

أما اشتراط المجلس الواحد للايجاب والقبول ، فلأن الايجاب لا يكون جزءاً من العقد الا إذا التحق به قبول ، وكان مقتضى هذا أن يتم القبول فور الايجاب ؛ ليكونا متلاقيين من غير تراخ بينهما ؛ إذ كل تراخ من شأنه أن يلغى الايجاب ، ولذا قال الشافعى إن القبول يجب أن يكون فور الايجاب . ولـكن الحنفية لاحظوا أنه أن اشترطت فورية القبول للايجاب كان فى ذلك تضييق على

القابل ، أو تفويت الصفقة من غير مصلحة راجحة ، لأن القابل قد يكون مفاجأ بهذا الايجاب ، فاما أن يرفض فوراً ، فتفوت الصفقة ، واما أن يقبل فوراً ، وربما كان فى العقد ضرر له ؛ لذلك كان من المستحسن أن يكون عنده وقت للتروية والتفكير ، والموازنة بين ما يغرم فى سبيل العقد وما يغنم منه ، فيوازن بين ما يناله من فائدة فيه ، وما يشبعه العقد من رغبة له ، و بين ما يذر وما يتركه فى سبيله ؛ لذلك استحسن أكثر الفقهاء أن يمتد الوقت لدى القابل إلى آخر المجلس ، ليكون لديه فسحة من الوقت ليستطيع أن يوازن ويقايس ، ويردد الأمر على كل وجوهه ، وإن قبل بعد ذلك صار العقد فى عنقه لا يستطيع عنه تحولا ولا فكاكا ، ولا يصح أن يمتد وقت تخيير القابل إلى ما بعد المجلس ؛ لأن من مصلحة الموجب أن يعرف قبل أن ينفض المجلس مآل إيجابه أإلى قبول ، فيتقيد بالعقد ويرتبط به ، أم إلى رفض ، فيكون على بينة من أمره ، فان مددنا حق القابل إلى ما بعد المجلس كان فى ذلك ضرر بين بالموجب ، فكان من مصلحة الطرفين أن يكون المجلس الواحد هو الذى يحد زمان تكوين العقد ، فاذا تفرق المجلس اعتبر الايجاب كأن لم يكن [1] ، ولتكوين العقد من جديد لا بد من ايجاب جديد .

خيار المجلس

١٠٥ — خيار المجلس معناه أن يكون لكل واحد من العاقدين الفسخ ما دام العاقدان لم يتفرقا بالأبدان ، فحق الفسخ ثابت لكلا العاقدين ما دام المجلس قائما لم ينفض فاذا تفرقت المجالس وتباعدت الأبدان سقط حق الفسخ بهذا السبب ، وذلك الحق موضع خلاف بين الأئمة فى ثبوته ، فالشافعى وأحمد بن حنبل قد أثبتا خيار المجلس ، وجعلا لكل واحد من العاقدين الحق فى الفسخ

(١) اشتراط إتحاد المجلس فى التصرفات التى لا تتم إلا بإيجاب وقبول عام فى كل هذه التصرفات ، ولكن استثنى منها الوصية فانه لا تشترط لانعقادها القبول فى المجلس ، بل الشرط عدم الرد بعد الموت ، ولا عبرة بالقبول أو الرد فى حالة الحياة .

ما دام المجلس قائما ، فاذا تفرق المجلس لم يثبت ، غير انهما لم يثبتا ذلك الخيار فى كل العقود ، بل فى بعضها فقط ، وذلك أن العقود تنقسم إلى ثلاثة أقسام : القسم الأول عقود غير لازمة من الجانبين كالعارية ، والوديعة ، والوكالة ؛ أو لازمة من جانب غير لازمة من جانب آخر ، كالرهن والكفالة ، وهـذه لا يدخلها خيار المجلس ، لأن فسخها جائز من كل الوجوه ، أو فى الجملة من غير حاجة الى خيار مجلس أو غيره .

والقسم الثانى عقود لازمة غير قابلة للفسخ من الجانبين أو من جانب واحد كالنكاح والخلع ، وهـذه أيضا لا يدخلها خيار المجلس ، لأن آثارها لا تنفصل عن أسبابها ، فبمجرد تمـام العقد تترتب آثاره ، ولا يمكن تأخيرها ، اذ بمجرد تمـام عقد النكاح تترتب كل آثاره ، ولا يوجد من الأسباب ما يجعل آثار العقد وأحكامه متأخرة عن سببه ، وهذه العقود لا تتم عادة الا بعد اعمـال الفكر والروية ، فلا حاجة الى خيـار المجلس ، ولأن عقد النكاح وما يشبهه موضوعه المرأة وهى آدمى حر ، فاذا تم العقد بشأنها ، كان من هوانها وابتذالها أن يجاز فسخه فور عقده ، لهذا كله كان خيار المجلس غير ثابت أيضا فى هـذا النوع من العقود باتفاق الفقهاء .

والقسم الثالث العقود اللازمة القابلة للفسخ ، وهذا القسم يشمل كل عقود المعاوضات اللازمة كالبيع بكل أنواعه ، والاجارات ، وصلح المعاوضة ، فهذه كلها يثبت فيها خيار المجلس(١) عند الشافعى ، واحمد بن حنبل ،وذلك للتروية فى شأنها ، وليكون الرضا بها كاملا ، ولذا يعتبر خيار المجلس لتمام الرضا ، وتقريره وتثبيته ، والشافعى منطقى فى مذهبه ، لأنه وقد اشترط أن يكون القبول فور الايجاب ، ولا يصح أن يكون بينهما تراخ زمنى جعل زمن التروية للعاقدين ، الموجب والقابل معا ممتـدا الى آخر المجلس فجعل لكل واحد منهما الحق فى فسخ العقد

(١) قد أخذنا هذا التقسيم من أحكام القرآن للجصاص الجزء الثانى عند تفسير قوله تعالى «يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة » ومن أحكام القرآن للقرطبى فى الجزء الخامس فى تفسير الآية السابقة ، ومن تفسير الفخر الرازى لهـذه الآية الجزء الثالث ، ومن المجموع على المهذب الجزء التاسع .

اللازم القابل للفسخ ، الى أن تتفرق المجالس .

أما ابو حنيفة وأصحابه ومالك رضى الله عنهم فقد منعوا خيار المجلس فى كل العقود سواء أكانت لازمة ، أم غير لازمة .

١٠٦ — وقد استدل الشافعى وابن حنبل فى اثباتهما خيار المجلس بما يأتى :

ا — ما ورد من الآثار الصحيحة التى وافق على صحة سندها ، وصدق روايتها المثبتون لخيار المجلس والنافون ، فقد ورد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » وروى أن ابن عمر كان اذا بايع أحداً ، وأحب أن ينفذ البيع ويلزم مشى قليلا ثم رجع ، وذلك ليتم التفرق الذى جعل حداً لخيار المجلس ينتهى عنده ، ولا يمكن أن يفسر الحديث إلا بأن العقد بعد تمامه يستمر غير لازم ما دام العاقدان فى مجلس العقد لم يزايلاه ، فاذا زايله أحدهما فقد تفرقت المجالس فلا خيار ، ولا يصح أن تفسر كلمة (البيعان) إلا بالعاقدين اللذين تم بينهما الايجاب والقبول ؛ لأن الكلمة لا تحتمل سوى ذلك ، ولا تدل على غيره ، فلا تفسر بالمتساومين قبل أن يرتبط كلاهما بكلامه لهذا ولأن راوى الحديث ، وهو ابن عمر قد فهم أن المراد خيار المجلس ، وفهم عدم لزوم العقد قبل التفرق ، ولذا كان اذا بايع ، وأراد أن يكون البيع نافذاً لازما سار خطوات ، وراوى الحديث اذا كان من أهل الاجتهاد والفقه يكون تفسيره له حجة مانعة من الاحتمال ، وقاطعة للترديد ، فلا يفسر الحديث بما سواه ، ولأننا ان فسرنا كلمة « البيعان » بأن المراد منها (المتساومان) ما كان للحديث معنى جديد ، لأن المعروف بالبداهة والفقه والرأى ، أن من يساوم فى شراء شىء أو بيعه هو بالخيار لا يوجد بعد ما يلزمه ، ويمنع تخييره ، وتفسير الحديث بما لا ثمرة له وهو بعيد الاحتمال والارادة — غير مقبول ، لأن صاحب هذا الكلام متنزه عن لغو القول ، وسقطه الذى لا مرمى له .

واذا كانت الآثار واردة بثبوت خيار المجلس فى البيع ، فهى تثبته فى كل

عقد فيه معنى البيع ، والعقود التى فى معنى البيع ، وتتفق مع البيع فى العلة التى شرع من أجلها خيار المجلس — وهى التروى — هى عقود المعاوضات والعقود اللازمة التى تقبل الفسخ ، وتنفصل أحكامها عن أسبابها .

ب — ان عقود المعاوضات قوامها التراضى ، والرضا أساسه الاختيار الصحيح ، والموازنة بين منافع العقد ومغارمه ، وهى عقود اذا أبرمت واستقرت ، لزمت ، لذلك كان لابد أن يكون لدى العاقد فسحة من الوقت للتفكير والتروية والتدبر ، فكانت هذه الفسحة هى مجلس العقد ، ففيه تمكين للعاقد من أن يتروى ، ويتفكر ويتدبر ، قبل الايجاب والقبول وبعدهما ، ليكون على بينة من أمره ؛ هذا والعرف قديما وحديثا ، على أن مجلس العقد فى عقود المعاوضات يعتبر مجلس مساومة وأخذ ورد ، ولا يعتبر العقد قد استقر وثبت وتأكد ، إلا إذا تفرق العاقدان مصرين على ما عقدا ، فليست العقود كلمات تلقى ، فتسجل على قائلها ، ويقتنص بها ، ولكنها ارادات ثابتة جازمة متوافقة ، فكل ما يدل على الاصرار مطلوب ، وكل ما يدل على التردد يجب أن يزال ، وقد جعلت الآثار وعرف الناس تفرق المجالس دليلا على عزم عقدة التصرفات المالية [١] ، وعلى انتهاء التردد المانع للزوم ، فكان العاقدان بالخيار ما لم يتفرقا .

١٠٧ — وقد استدل لمالك وأبى حنيفة وأصحابه بما يأتى :

(ا) ورود الآثار الكثيرة بوجوب الوفاء بالعقود ، ولا شك أن وجود العقد يتحقق بوجود العبارات المكونة له ، المثبتة لماهيته ، وهى العبارات الدالة على الايجاب والقبول ، وقد جاءت بوجوب الوفاء بالعقود النصوص المحكمة القاطعة فى ثبوتها وفى دلالتها ، مثل قوله تعالى : «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» فبتحقق العقد يجب الوفاء ، وليس وجوب الوفاء إلا ثبوت الالتزام الذى أوجبه العقد ، وشرعية خيار المجلس ، وعدم ثبوت الالتزام إلا بتفرق المجالس يفيد

(١) راجع فى هذه الأدلة المجموع على المهذب الجزء التاسع ، وأحكام القرآن للقرطبي الجزء الخامس ، والمغنى والشرح الكبير ، الجزء الرابع .

بمقتضاه عدم لزوم الوفاء بمجرد العقد ، وفى ذلك مناقضة لنص القرآن الذى أوجب الوفاء لمجرد العقد ، ولا شك أن الحديث غير المتواتر مهما يكن صحيحاً فى سنده ، واضحا فى معناه ، لا يصل إلى مرتبة مناقضة القرآن الكريم ؛ فيجب الأخذ بالقرآن ، ورد الحديث أو تأويله بما يتفق مع ما يدل عليه القرآن الكريم .

(ب) ان أساس عقود المعاوضات المالية الرضا ، فالرضا هو مناط الأحكام التى تثبتها هذه العقود ؛ ولذلك يقول الله تعالى فى شأن عقود المعاوضات : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، ولا شك أن التجارة تشمل كل عقود المعاوضات ، فكل عقود المعاوضات أساس ثبوت آثارها ، وما رتبه الشارع لها من أحكام التراضى بين العاقدين ؛ واذا كان التراضى بين العاقدين هو أساس الالتزام ، فبتحقق رضا طرفى العقد يثبت الالتزام من غير حاجة الى الانتظار الى آخر المجلس ، وان شرعية خيار المجلس ، وتأخير ثبوت الالتزام الى نهاية المجلس اهمال لمعنى الرضا الذى دل عليه وجود الايجاب والقبول من عاقلين مختارين حرى الارادة ، وقد ثبت وتحقق واستقر ، وكان له كل آثاره ، وكأن الحكم ببقاء الخيار الى آخر المجلس ، وعدم ثبوت أحكام العقد الا بعد الافتراق دليل على أن هذا الرضا لا يكفى لانشاء العقد ، بل لا بد معه من الافتراق ، أو كأن دلالته على الالتزام مشروطة بالتفرق . وقد يكون ذلك الكلام مستقيما ، لولا أنه كان من الذين يرون خيار المجلس ما يناقضه ، وذلك لأنهم قالوا ان أحد العاقدين لو قال للآخر بعد تمام الايجاب والقبول اختر الآن ، فاختار فى الوقت نفسه يبطل خيار المجلس ، وتثبت كل أحكام العقد من غير حاجة الى التريث ، حتى نهاية المجلس ، فدل هذا على أن الرضا الأول كان كافيا وحده لاثبات الالتزام ، فتأخيره عنه فصل بين متلازمين وهى الرضا والالتزام الناشىء عنه ، وذلك لا يجوز ، وأيضا فان تفرق المجالس لم يعهد سببا من أسباب الالتزام ، بل عهد فكا لعقدة

الكلام ، وابطالا للالتزام ، كالتفرق قبل القبول ، واذا كان كذلك فلا يمكن أن تعد الفرقة سبب الالتزام ، بل السبب هو الرضا الأول .

جـ — وقد استدل الحنفية والمالكية لابطال خيار المجلس أيضا بقياس عقود المعاوضات على عقود الأنكحة ونحوها ، وهى العقود التى اتفق الجميع على عدم اثبات خيار المجلس فيها ، وقالوا : انه لا فرق بين النكاح والمعاوضات فى كون كل منهما ينعقد بالايجاب والقبول ، وفى أن الرضا الذى دلت عليه عبارتا الايجاب والقبول ، هو مناط الالتزام فى كلا النوعين من العقود ، فلا يصح التفرقة بينهما بجعل الرضا فى أحدهما لا يوجب الالتزام الا بتفرق المجالس ، وعدم اشتراط ذلك فى الثانى ، وان هذا التفريق من غير مقتض يقتضيه ، ولا داع يدعو اليه ، ولا يقال : ان النكاح يفكر فيه قبله ، والمعاوضات لا يجرى فيها التفكير من قبل ؛ لأن المعاوضات ذات الشأن والخطر يتروى فيها قبل العقد ، وما لا يتروى فيه قبل العقد لا يكون ذا شأن وخطر ، والمعقول أن يكتفى فى دلالة الرضا به على مجرد الايجاب والقبول(١) .

هذه أدلة طرفى النزاع فى اثبات خيار المجلس ، وعدم اثباته ، ومن سياقها يتبين أن لكل وجهة هو موليها ، ولا شك أن الاحتياط والعرف يجعلان الالتزام لا يتم الا بتفرق المجالس ، وذلك أحرى بالقبول فى نظرنا .

---

(١) راجع فى هذه الأدلة فتح القدير فى أول البيوع ، وأحكام القرآن للجصاص فى تفسير قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .

الارادة المنفردة ، وانشاؤها للالتزام

§-١٠٨ — مما تقدم يتبين أن العقد بمعناه العام قد ينعقد من غير أن يحتاج الى ركنين ايجاب وقبول ، وقد يحتاج لانعقاده الى توافق ارادتين مظهرهما الايجاب والقبول . أما بالمعنى الخاص فانه لا ينعقد الا بتوافق ارادتين ؛ وعلى ذلك نستطيع أن تقول ان العقد على التعريف الخاص لا يتكون بارادة منفردة ، بل لابد فيه من ارادتين ، أما بالمعنى العام فقد يتكون بارادة منفردة .

ومهما يكن من أمر الاختلاف فى معنى العقد بين العموم والخصوص ، فمن المقرر بلا خلاف أن التصرفات الشرعية التى ينشأ عنها التزام للشخص قد تنشأ بارادة منفردة ، وقد تنشأ بتوافق ارادتين ، وعندئذ نجد الشريعة الاسلامية تتلاقى مع النظرية القانونية التى تقرر جواز انشاء الالتزام بارادة منفردة ، ولا تتفق مع النظرية التى تقصر سبب الالتزام على ما يكون بتوافق ارادتين مظهرهما الايجاب والقبول .

١٠٩ — ومن أجل أن يستبين مقدار العلاقة الرابطة بين الشريعة واحدى النظريتين ، وتباينها عن الأخرى يجب أن نقبس قبسة مما كتبه القانونيون ، لنجلى النظريتين مع الايجاز الشديد ، وللاطناب أهله ومواضعه من الكتب القانونية :

يختلف الفقه الألمانى عن الفقه الفرنسى فى كون الارادة المنفردة منشئة للالتزام ، فالفقه الألمانى يجعلها سببا للالتزام ، والفقه الفرنسى يقصر السببية الارادية على العقد ؛ ثم لا يقتصر الأول على جعل الارادة المنفردة من أسباب الالتزام ، بل يقرر هذا ، ويزيد أنها مناط الالتزام فى العقد الذى يتكون بتوافق ارادتين ، فيقول أن احدى الارادتين هى التى تنفرد بانشاء الالتزام ؛ فارادة المدين هى التى أنشأت الالتزام وارادة الدائن ما اشتركت فى الانشاء ، ولكنها انضمت الى الارادة الأولى ليثبت الحق للدائن ، فكأن العقد الذى يتم بارادتين يتم فيه عملان أحدهما انشاء الالتزام ، وقد استبدت به ارادة المدين منفردة ، والثانى اثبات الحق للدائن ، وذلك يتم بارادة الدائن ؛ لأن من المقرر أن حقا لا يثبت لشخص جبرا عنه .

ويستدلون لاثبات كون الارادة المنفردة سببا للالتزام (١) بأن الايجاب والقبول لا يكونان فى وقت واحد ، بل يكونان فى زمانين ، فلا بد لكى نسلم أن الارادتين أنشاتا الالتزام متصاحبتين أن نفرض أن الموجب أصر على ايجابه الى أن لحقه قبول القابل ؛ مع أنه لم يقم دليل على اصرار الموجب حتى وقت القبول ، والحكم باصراره فرض وتقدير [1] ، وليس بجزم ويقين ، ولا يصح أن يحكم بالوجود مع عدم اليقين ، واذا لم يقم دليل على بقاء الموجب مصرا على ايجابه حتى تم القبول ، فلم يبق الا أن تقول ان الايجاب وحده هو السبب المنشىء للالتزام ولو لم يصر عليه صاحبه ؛ لأن الالتزام وجد بلا ريب ، ولم يصلح توافق الارادتين سببا له لاحتمال عدم الاصرار على الايجاب قبل اتصال القبول به ، فلم يبق الا أن يكون الايجاب وحده سببا ، والا كان الالتزام موجودا من غير أن يكون سبب منشىء له ، وذلك لا تسلمه البداهة ولا القانون .

(٢) ويستدلون أيضا بأن الارادة تلزم صاحبها إذا التزمت من غير حاجة إلى انضمام ارادة أخرى اليها ؛ لأن الحرية لها تبعات ، ومن تبعاتها الالتزام المبنى عليها ، واذا كانت الارادة الانسانية قد تحررت فى أبواب الالتزام من كل القيود الشكلية ، فلا بد من أن نسير فى تلك الحرية إلى آخر مداها بأن نجعل لها انشاء الالتزام منفردة ، وليس التمسك بضرورة توافق الارادتين إلا أثارة من آثار الشكلية لا يصح التمسك بأهدابها ؛ لأنها تحد من سلطان الارادة .

(٣) وفوق ذلك يجب أن تقرر أن التشدد فى جعل الالتزام مقصوراً على توافق الارادتين يمنع صحة ضروب من المعاملات يجب أن يفتح الباب لها ، وأن يسعها القانون كمن يجعل على نفسه جعالة خاصة ، ليكافىء من يقوم بعمل من غير تعيين لشخصه .

ويحتج الفقهاء الفرنسيون فى رد هذه النظرية قاصرين الالتزام الارادى

---

(١) أو هو على حد تعبير علماء الأصول استصحاب للحال ، وذلك ليس حجة على البقاء عند أكثر الأصوليين .

على ما كان بتوافق ارادتين (١) بأن الالتزام علاقة ونسبة بين شخصين تقتضى طرفين يشتركان فى انشائه ملتزما وملتزما له ، مدينا ودائنا ، فلا يتحقق إلا بعنصرين وطرفين ، وما دام قوامه الارادة ؛ فلا بد من تحقق الارادتين ، وتوافقهما على انشائه (٢) وأيضا ان سلمنا أن ارادة واحدة تنشئه مع أن ذلك لايتفق مع طبيعته ، فان هذا التسليم سيؤدى حتما الى أن الارادة الواحدة تحله ؛ لأن ما يجعل علة للوجود يكون عدمه علة للعدم أيضا ، فاذا كانت الارادة المنفردة سبباً مستبدا بالانشاء ، فالعدول عنها يجب أن يكون سبباً لحل الالتزام مع أن أحداً لم يقل ذلك .

وما يدعيه أنصار الارادة المنفردة من احتمال رجوع الموجب عن ايجابه قبل قبول القابل ، ثم اعتبار الارادتين غير متوافقتين بيقين — ادعاء لا يقوم على أساس صحيح ؛ لأن العدول احتمال غير ناشىء عن دليل فلا عبرة به فى الاستدلال ؛ بل ان كل الامارات والدلائل تناقض ذلك الاحتمال ؛ لأن من يكونان بصدد انشاء عقد يتساومان و يتفاوضان ، حتى تتلاقى ارادتهما ثم تصدر عنهما العبارات المنشئة للعقد قولا وكتابة ؛ فالارادتان متلاقيتان بلا ريب ولا جدال [1] .

ومهما يكن من أمر هذا الاختلاف بين الفقهين الألمانى والفرنسى ، فقد أخذ أكثر القوانين الحديثة بمبدأ الارادة المنفردة على أنه مبدأ استثنائى لا قاعدة أصلية ، ولقد أخذت به كثرة القوانين الحديثة فى أمور منها مبدأ تقيد الموجب بايجابه بحيث لا يسوغ له الرجوع فيه مدة معينة لا يكون بعدها قبول غالباً ، ومنها الوعد بجائزة على عمل يقوم به شخص غير معين كمن يعد بمكافأة لمن يعثر له على شىء ضاع منه ، فانه يكون مأخوذ بوعده وان لم يعين الدائن ، ومنها المؤسسات التى تكون لمصلحة جهة اجتماعية عامة ، أو لطائفة معينة ، فان المنشىء لها يلتزم

---

(١) ومصدرنا فى هذه الأدلة مطول الاستاذ الكبير الدكتور السنهورى بك فى نظرية العقد ، فليرجع اليه فى تتميم بحثها ص ١٨٤ وما يليها .

بوجوده ، وان لم يكن هناك دائن معين تتفق ارادته مع ارادة الملتزم [١] .

هـذه خلاصة نظرية الارادة المنفردة وانشائها للالتزام ، كما جاء بها الفقه الحديث ما بين آخذ بها ، ورافض لها .

§ ١١٠ — والآن ننتقل الى الشريعة لنتعرف أتقرها أم تنفيها ؟ أتذهب مذهب المغالين فى الأخذ بها ، أم تذهب مذهب المتشددين فى رفضها ؟ الحق ان الشريعة بشكل عام تعتبر الارادة المنفردة منشئة للالتزام فى كثير من الأحوال ولـكنها لا تعتبر العقد الذى ينشأ بالايجاب والقبول ، ولا يتم الا بهما قد استبدت بانشائه ارادة الموجب أو ارادة المدين ، وأن ارادة القابل أو الدائن لم تكن الا ليثبت له الحق باختياره ، بل ان الشريعة بالنصوص الواردة فى مصادرها ، و بالعبارات الجارية على أقلام فقهائها فى كتبهم وفتاويهم وأقضيتهم تنبىء كلها بأن العقد الذى لا يتم الا بالايجاب والقبول ، لا يستبد بايجاد مقتضاه الايجاب فقط ، لأن العقد الذى يكون كذلك لا يكون الا ربط الايجاب بالقبول ، فما لم يوجد ذلك الربط بينهما لا يوجد العقد ، ولا يوجد التزامه .

و ينبنى على ذلك ما يقرره الفقهاء قاطبة من أن الايجاب غير ملزم للموجب ما لم يكن قبول ؛ ولذلك يكون للموجب أن يرجع فى ايجابه متى شاء ما لم يكن قبول ، فليس ثمة فى الشريعة ايجاب ملزم يمتنع على الموجب أن يرجع فيه ، و يعدل عنه ، بل الملزم هو القبول مع الايجاب ، بل لقد علمت أن بعض الفقهاء احتاط لجعل الارادة من الطرفين جازمة قاطعة خالية من كل غرر ، حرة بعيدة عن كل الخداع قريب الوقوع ، فجعل لـكلا المتعاقدين الحق فى العدول عن كلامه ما دام مجلس العقد قائما ، ولم يتفرقا ، لذلك نقرر أن الحالة التى يسميها الفقه الحديث الايجاب الملزم حالة لا تقرها الشريعة [٢] ، بل يؤخذ من

---

(١) راجع كتاب نظرية العقد للدكتور السنهورى بك .

(٢) لا نعرف فى الشريعة ايجابا ملزما للموجب الا تمليك الرجل لزوجته أمر نفسها ، فقد قالوا انه اذا ملـكها أمر نفسها كان لابد أن تقبل فى المجلس ، والا لم ينعقد التمليك ، ولـكن ليس للزوج أن يرجع فى ايجابه ، لأن ذلك بالنسبة له طلاق معلق على قبولها أى اسقاط معلق ، والاسقاط المعلق ليس للشخص أن يرجع فيه .

عبارات فقهائها وقواعدهم ما ينفيها ويناقضها كل المناقضة ، ولا ندرى بأى حق تقرر القوانين الحديثة أن يقيد أحد الطرفين ، حيث الثانى طليق لم يقيده شىء ؟ ان مبدأ المساواة بين العاقدين الذى تتمسك به الشريعة كل التمسك ينافى ذلك كل المنافاة .

والشريعة تعتبر الارادة المنفردة منشئة للالتزام فى كل تصرف ينشأ عنه التزام ، ويتم من غير ايجاب وقبول متوافقين ، والتصرفات التى من هذا القبيل كثيرة فمنها :

١ — **الوقف** : وهو يقابل المؤسسات فى القوانين الحديثة . وقد اتفق الفقهاء على أن الوقف اذا كانت أولى طبقاته جهة لا ينحصر آحادها ، فهو ينعقد ، ويتم الالتزام الذى ينشأ بمقتضاه بمجرد صدور الصيغة الدالة على انشائه ، ونرى من هذا أن الارادة المنفردة هى التى أنشأته ، وأوجبت كل ما طواه مقتضاه من التزام تنفيذاً لما شرعه الله من مقتضيات للوقف ، وآثار لهذا التصرف . أما اذا كانت أولى طبقاته أشخاصاً معينين ، كأن يقول الواقف مثلا وقفت على فلان وفلان أو على أولاد فلان ؛ فالكثرة الغالبة من الفقهاء على أن الوقف ينعقد لازما بمجرد صدوره ، ولكن لا يثبت الحق للمستحق المعين إلا بقبوله ، وقد قالوا انه يكتفى من القبول بعدم الرد ، فلا يشترط القبول الإيجابى بأن يقول قبلت ، بل يكتفى بالقبول السلبى الضمنى ، وهو ألا يرد . وذلك لكيلا يثبت حق لشخص من غير إرادته ، ولكيلا يدخل فى ملك الشخص شىء جبراً عنه ، فان من المقرر فى الشريعة الاسلامية أنه لا يدخل شىء فى ملك شخص جبرا عنه بأى سبب سوى الميراث على مانوهنا فى أسباب الملك العامة ؛ فيكون الوقف على معين ومن بعده على جهة بر لا تنقطع قد تضمن أمرين : (أحدهما) الالتزامات العامة الذى من مقتضاها تقيد الواقف بمنعه من التصرف فى العين والغلات على غير الجهات المنصوص عليها فى كتاب وقفه وبغير الأحوال الذى نص عليها الشارع ، وأجازها فى التصرفات فى الاحباس منافعها وأعيانها . و (ثانيهما) ثبوت الحق فى الغلات للمستحق المعين ، فأما الأول فيثبت

بالارادة المنفردة ، وأما الثانى فلا بد له من قبول من الشخص المعين ، وقد صرحت كتب الفقه الحنفى بأنه يكتفى بعدم الرد فى القبول [١] . وقد جاء فى الاسعاف ما نصه : « قبول الموقوف عليه الوقف ليس بشرط ان وقع لأقوام غير معينين كالفقراء والمساكين ، وان وقع لشخص بعينه ، وجعل آخره للفقراء يشترط قبوله ، فان قبله كانت الغلة له ، وان رده تكون للفقراء ، ويصير كأنه مات » اﻫ . واذا قبل المستحق الاستحقاق ، فليس له أن يرد بعد ذلك ؛ لأن فى ذلك نقضا لما تم من جهته ، ومن سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ، وان رد فليس له أن يقبل لما ذكرنا ، ولأن الرد جعل لغيره ممن يليه ، أو لجهة البر حقا ليس له أن ينقضه إذ رده تصرف قد ترتب عليه حق لازم لغيره ، فلا يصح أن يعتدى عليه بالرجوع فيه .

ومن كل هذا يتبين بجلاء أن التزامات الوقف من حيث وجودها وتقييد الواقف بها تنشأ بارادة منفردة ، ولكن حق المستحق المعين فى الغلات لا يثبت إلا بقبوله ، وقد صرحت كتب الحنفية بأن القبول يكتفى فيه بعدم الرد .

ب — **الابراء** : فهو يتم من الدائن بغير حاجة الى قبول المدين ، وقد ذكر الفقهاء من الفروق بينه وبين هبة الدين لمن عليه الدين أن هبة الدين تحتاج إلى قبول ، أما الابراء من الدين فلا يحتاج إلى قبول ، ولكن مع أن الابراء من الدين لا يحتاج الى قبول فهو يرتد بالرد [٢] . بمعنى أنه يكتفى فى رضا المدين ألا يرد ، وانما اشترط عدم الرد ؛ لأن من ذوى المروءات من لا يقبلون من الدائنين ابراءهم ، ومما يعتبر من الابراء حط الزوجة المهر عن الزوج ، ونقص جزء منه ، فانه يعتبر ابراء يرد بالرد ، ولا يحتاج الى القبول ؛ إذ يكتفى فى الرضا فيه بعدم الرد .

---

(١) راجع فى هذا بحث مشكلة الأوقاف للمؤلف الذى نشر بمجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة العدد السابع ص ٧١٢ وما يليها .

(٢) راجع كتاب الأشباه والنظائر الجزء الثانى ص ٤٢ ، ١٤٨ .

وقاعدة انعقاد الابراء من غير حاجة الى القبول الصريح قد استثنى منها مسائل منها الابراء من المسلم فيه ؛ فانه لابد فيه من القبول .

هذا مذهب أبي حنيفة بالنسبة للابراء . أما مذهب مالك ، ففيه خلاف فمن الفقهاء فيه من قال إن الابراء لا يتم إلا بالقبول ، ومنهم من قال انه يتم من غير قبول ؛ وذلك لأن بعضهم اعتبره اسقاطا ، فقال انه لا يحتاج الى قبول ، ومنهم من قال انه تمليك الدين للمدين ، فقال انه يحتاج فى انعقاده الى قبول المدين . وقد ذكر صاحب الفروق الرأيين فقال : « الابراء من الدين أيفتقر الى القبول ، فلا يبرأ المدين من الدين حتى يقبل ؟ أم يبرأ إذا أبرأه الدائن وإن لم يقبل ؟ خلاف بين العلماء ، فظاهر المذهب اشتراط القبول ، ومنشأ الخلاف هل الابراء اسقاط ؟ والاسقاط لا يحتاج الى القبول ، كالطلاق والعتاق ؛ فانهما لا يفتقران الى قبول المرأة ، والعبد ؛ ولذلك ينفذ الطلاق والعتق وإن كرهت المرأة والعبد ، أم هو تمليك لما فى ذمة المدين ، فيفتقر الى القبول ، كما لو ملكه عينا بالهبة ، أو غيرها ، فلا بد من رضاه وقبوله ، وكذلك ههنا ، ويتأكد ذلك بأن المنة قد تعظم فى الابراء ، وذوو المروءات والأنفة يضر ذلك بهم ، ولا سيما من السفلة ، فجعل صاحب الشرع لهم قبول ذلك أو رده نفيا للضرر الحاصل من المنن من غير أهلها ، أو من غير حاجة اليها » .

وترى من هـذا أن الفرق هين بين مذهب أبي حنيفة ، والراجح من مذهب مالك ، فان المذهبين اتفقا فى أن المدين له الحق فى دفع ضرر المن والأذى عن نفسه ، ولكن أبا حنيفة أعطاه حق رد الابراء فيبطل ؛ وان كان لا يحتاج فى أصل انعقاده إلى القبول ، والمرجح من مذهب مالك رضى الله عنه جعل الابراء لا ينعقد الا بالقبول ترجيحا لجانب التمليك فيه ، ولدفع أذى المن وظهور الاحتياج [1] .

جـ — **الكفالة** : تنعقد بارادة واحدة عند الامام مالك رضى الله عنه ، ولذا تصح ولو كان المكفول له غير معين أو غائبا ، وتنعقد ، ويجب الوفاء على

---

(١) يلاحظ أنه فى القانون المدنى لا يتم الابراء الا باتفاق بين الدائن والمدين ، راجع ص ١٧٤ من نظرية العقد للدكتور السنهورى بك .

الكفيل ، ولو كان القبول لازما ما انعقدت الا فى حضرة المكفول له ، وللزم أن يكون معينا معروفا ، ولكن لا يلزم شىء من ذلك فدل هذا على أن القبول من المكفول له ليس بلازم لانعقاد الكفالة ، كما أن الاذن من المدين المكفول عنه ليس بلازم (١) أيضا ، فالكفالة اذن عند مالك تنعقد بارادة واحدة ، وهى ارادة الكفيل . وهذا هو أحد قولى الشافعى رضى الله عنه ، وهو قول أبى يوسف من أصحاب أبى حنيفة رضى الله عنهم وعنه . أما قول أبى حنيفة ومحمد فالقبول لازم لانعقاد الكفالة ، ولكن أبا يوسف يرى أنه وان كان القبول ليس بلازم لانعقاد العقد ، ترتد الكفالة برد المكفول له ، أما مالك فيستفاد من كتبه أن رد المكفول له لا يبطل الكفالة ؛ ولذا لو ذهب الكفيل وأدى الدين لزمه قبوله ، وليس له أن يرد الدين بحال من الأحوال (٢) .

وقد استدل المشترطون للقبول بأنه عقد كسائر العقود ، فلا يتم الا بايجاب وقبول ، ولأنه فيه معنى التمليك للمكفول له ؛ فلا بد من قبوله ؛ لأنه لا يدخل شىء فى ملك شخص جبرا عنه .

وقد استدل الذين قالوا ان القبول ليس بلازم (١) بأن رجالا تعهدوا بأداء دين على ميت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأقر تعهدهم ولم ينكره ، (٢) وبأن المريض اذا قال لورثته اضمنوا عنى ما على من ديون لغرمائى والغرماء غيب ، فضمنوه صح الضمان وألزموا به ، ولا فرق بين المريض والصحيح فى هذا (٣) وبأن الكفالة ليست تمليكا فى أصل انعقادها ، بل هى فى معناها ، ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة ، فليست عقد تمليك ، فلا يلزم لها القبول .

هذا والمتتبع للتصرفات الشرعية المستقرى لها يجد فى ثناياها تصرفات كثيرة تتم وتلزم بارادة واحدة منفردة ، فمثلا يجد المتتبع لأحكام الشفعة أن الفقهاء يقررون أن البائع لو حط عن المشترى بعض الثمن لزمه ذلك بالنسبة للشفيع ، وان لم

---

(١) راجع الشرح الكبير الجزء الثالث ص ٣٠٣ وحاشيته .

(٢) راجع الكتاب المذكور .

يصدر قبول لذلك الحط من الشفيع ، فكان ذلك تصرفا يتم التزامه بعبارة واحدة ، تنبيء عن ارادة واحدة .

وهناك قاعدة عامة فى الشريعة أن كل تصرف هو فى أصله للاسقاط لا للنقل ، ينعقد بارادة منفردة ، هى ارادة من يملك الاسقاط ، ولو ترتب على الاسقاط حقوق وواجبات ، فالطلاق يتم بارادة واحدة ، وان ترتب عليه حقوق للمرأة ، منها وجوب مؤخر الصداق ، ووجوب العدة عليها ، وغير ذلك .

ومن هذا كله يتبين أن الارادة المنفردة لها مكانها فى الالتزامات الشرعية ، ولكن فى التصرفات التى لا تنعقد بإيجاب وقبول . أما ما ينعقد بالايجاب والقبول ، فالارادة المنفردة ليست هى مناط الالتزام فيه . والله الهادى الى سواء السبيل ، وشرعة الحق .

الرضا

§ ١٢٠ — ذكرنا أن أساس العقد هو ارادة العاقد المفهومة من عبارته وهذا اذا فسرنا العقد بالمعنى العام الذى يشمل كل تصرف شرعى ، أو هو توافق ارادتين مظهرهما الايجاب والقبول ان قصرنا العقد على المعنى الخاص ، وهو الذى لا يتم الا بالايجاب والقبول . وعلى أية حال يكون أساس العقد الارادة ، وعقد النية . والارادة لها عنصران لا تتحقق بدونهما : أحدهما الاختيار ، وثانيهما الرضا .

والاختيار كما يفهم من كتب الحنفية وفروعهم ، والأحكام التى يرتبونها ، هو القصد الى الفعل الذى يستطيعه الشخص ، سواء أكان ذلك الفعل قولا أم غير قول ، فالاختيار فى العقود القصد الى النطق بالعبارات التى تنشأ بها ، ما دام فى استطاعته النطق بتلك العبارات ، قاصدا النطق بها ، متعمدا ذلك ، ويشمل ذلك القصد ثلاث أحوال (١) حال القصد إلى معانى العقود ، والرضا بأحكامها ، والرغبة فى آثارها ، (٢) وحال قصد النطق بالعبارات المنشئة للعقود غير قاصد لأحكامها بأن كان هازلا ؛ لأنه قد توافر القصد إلى النطق ، وبذلك يتحقق الاختيار ، (٣) كما يشمل أيضا حال النطق بعبارات العقد تحت تأثير اكراه أو

ارغام ؛ لأن القصد إلى فعل مستطاع ثابت مع الارغام ، متحقق فيه وان كان الرضا غير متحقق ، ولا ثابت .

هذا هو الاختيار ، كما يفهم من كتب أبي حنيفة وأصحابه ، فهو لا يتنافى مع الهزل ، ولا مع الاكراه . أما الرضا فهو الارتياح إلى العقد ، والرغبة فيه ، فهو لا يتحقق بمجرد القصد الى العبارات المنشئة للعقد ، بل لا يتحقق الا بالرغبة فيه ، بحيث يحس العاقد بأن مباشرته للعقد قد أشبعت حاجة فى نفسه ، وملأت رغبة من رغباتها . فالرضا إذن لا يقتضى مجرد قصد كالاختيار ، بل لا يتحقق إلا بقصد كامل يشيع فى جوانح النفس ، ويكون ملء الرغبة ، ولذا يقول صاحب كشف الأسرار : « الرضا امتلاء الاختيار أى بلوغه نهايته ، بحيث يفضى أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة فى الوجه ونحوها ، كما يفضى أثر الغضب إلى الظاهر من حماليق العين والوجه بسبب غليان دم القلب »[1] . فالرضا إذن لا يتحقق مع الهزل ، ولا مع الخطأ ، ولا مع الاكراه .

وخلاصة القول ان مقتضى مذهب الحنفية أن الاختيار يتحقق مجرداً من الرضا ، وإن كان الرضا لايمكن أن يتحقق من غير اختيار ؛ إذ الرضا اختيار كامل قد بلغ نهايته ، أو هو امتلاء الاختيار على حد تعبير صاحب كشف الأسرار .

أما ما يفهم من أحكام مذهب الشافعى وغيره من المذاهب فى معنى الاختيار فغير ما يفهم من فروع الحنفية ؛ إذ الاختيار عند الشافعى هو القصد إلى العبارات المنشئة للعقود بحيث تكون تلك العبارات ترجمة عما فى النفس ، ودليلا على رغباتها وغاياتها ، فاذا لم تتوافر فى العبارات تلك الدلالة لم يكن ثمة اختيار ، لأن العبارات حينئذ لا تدل على القصد النفسى ، فلا يكون اختيار فى مجرد قصد النطق ، وعلى ذلك لا يتحقق الاختيار مع الهزل ، كما لا يتحقق مع الاكراه والنسيان والخطأ ؛ لأن العبارات التى قصد النطق بها فى كل هذه الأحوال لا تدل

(١) كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام الجزء الرابع ص ١٥٠٢ .

على قصد نفسى ، وليست ترجمانا على ما يخالج النفس من رغبات ؛ فالهازل قامت القرائن على أنه ما تكلم بعبارات العقود قاصداً معانيها وآثارها ، فتجردت العبارات من الدلالات على الرغبة الكامنة ، والمكره ما كانت عبارته دالة على قصد إلى العقد ، ولكنها تدل على قصد إلى دفع الأذى ، ومنع الضر ، واتقاء الشر ، وليس ذلك من قصد النفس إلى العقد ورغبتها فيه فى شىء [١] .

ومن هذا يفهم بلا ريب أن الاختيار والرضا متلازمان عند الشافعى وغيره ماعدا الحنفية ، فلا يتحقق اختيار مجرد عن رضا ، كما أن الرضا لا يتحقق من غير اختيار .

§ ١٢١ — ولنعد ثانية إلى تكميل بيان مذهب أبى حنيفة وأصحابه فى الاختيار : قد بينا أن مذهب الحنفية لاينظر فى تكوين الاختيار إلا الى القصد المجرد ، من غير نظر إلى الرضا والارتياح ، والعبرة فى ذلك القصد عندهم هى فى القصد الى مباشرة السبب وهو الألفاظ الدالة على العقود من غير نظر الى القصد لأحكامها ، ولذلك يقال ان الهازل مختار للعقد ، وان كان قد نادى جهارا من قبل أو من بعد أنه ما قصد ولا يقصد الى الأحكام ولا يريدها ولا يبتغيها ، ولا يرمى اليها ، ولا اعتبار لها فى نظره ؛ لأن الاعتبار فى تكون الاختيار فى القصد المجرد الى النطق بالعبارات المنشئة للعقد من غير نظر الى ما سواها ، ولا تفكير فى غيرها .

والعماد الأول لتكوين العقود فى مذهب الحنفية انما هو الاختيار ، أما العنصر الثانى وهو الرضا ، فليس بلازم لانعقاد العقود ، ولكنه لازم لصحة [٢] أكثرها ، وعلى ذلك نقول انه اذا وجد الاختيار مع استيفاء بقية ما يجب توافره لانعقاد العقد فقد وجد العقد ، وان لم يكن رضا وارتياح نفسى ، وقصد الى الأحكام والآثار ، لأنه لا يلزم لانعقاد العقد الرضا ، بل هو شرط لصحة العقد بمعنى

---

(١) راجع الكتاب السابق ص ١٥٠٥ .

(٢) اذا لم يتوافر ما يجب توافره لانعقاد العقد يكون باطلا ، واذا توافرت أركان الانعقاد ، ولم يتوافر ما يجب توافره للصحة كان العقد فاسدا ، وهذه التفرقة بين الانعقاد والصحة ، وبين الباطل والفاسد خاصة بالحنفية ، وسنبين ذلك تمام البيان فى موضعه من بحثنا .

ترتيب آثاره الشرعية عليه ، واقرار الشارع له ؛ ولا يلزم من وجود العقد صحته ، وترتب آثاره بمجرد تكونه ، بل قد يوجد ويكون فاسدا ، وعلى ذلك نقول : انه اذا كان أحد العاقدين فى بيع أو اجارة أو نحوهما مكرها على العقد غير راض به ينعقد عقده ، ويكون فاسدا ؛ لأن العماد الأول ، وهو الاختيار قد وجد بالقصد الى مباشرة السبب ، فينعقد العقد ؛ ولكن لم يتوافر شرط من شروط الصحة ، وهو الرضا والارتياح ، فيكون العقد فاسدا ، وكذلك اذا باع أو اشترى أو آجر مثلا ، وكان هازلا عند مباشرة العقد ، وصدرت عنه عبارات تدل على ذلك ، ففى هذه الحال ينعقد العقد ، ولكن لأن الرضا ، وهو الارتياح والرغبة فى أحكام العقد غير متوافر — لم يصح العقد ، بل يكون فاسدا ، مادام مصرا على الهزل ، ولم يعدل عنه ، فان عدل عنه انقلب العقد صحيحا ، لأن الفساد كان بسبب عدم الرضا والرغبة ، لوجود الهزل ، وقد زال بالاعراض عنه ، والرغبة فى أحكام العقد ؛ ومن المقرر عند الحنفية أنه اذا فسد العقد لسبب من الأسباب التى تتعلق بالرضا يزول الفساد بزوال ذلك السبب ، ولأن العقد مع الهزل بمنزلة العقد مع خيار شرط لم تبين مدته [1] .

§ ١٢٢ — ومما تقدم نرى أن الحنفية ينظرون فى تكوين العقود الى صورها ، ومظاهرها الحسية ، من غير اتجاه الى النيات ، والرغبات المستكنة التى تدفع الى العقود ، والغايات التى يرمى اليها العاقدون ، فاذا وجدت العبارات الحسية فقد وجد العقد ، أما الآثار فتلزم ان وجد رضا ، وان لم يوجد رضا فبعض العقود يكون فاسدا ، لا تترتب آثاره عليه ، ولا يقر الشارع العاقدين على وجوده ، بل يوجب فسخه وزواله أو الرضا به ، و بعض العقود ينعقد وتلزم آثاره ، وتتحقق بمجرد الوجود الحسى بالقصد الى العبارة المنشئة للعقد ، والنطق بها ولنبين بايجاز كلا النوعين من العقود والتصرفات :

التصرفات تنقسم الى قسمين : (أحدهما) يقبل النقض كعقود المبادلات

---

(١) خيار الشرط هو أن يشترط أحد العاقدين أن يكون له حق الفسخ مدة معلومة ، واذا اشترطه أحد العاقدين لا تلزمه آثار العقد فى مدة الخيار .

المالية ، والعقود التى تكون الأموال مقصودة بالذات فيها ، فهذه تنعقد لازمة ان كان من شأنها اللزوم ، ولكنها تقبل الفسخ برضا العاقدين أو بشرط يجيزه كخيار الشرط ، وهذه تنعقد بوجود الاختيار ، ولكن لا تكون صحيحة إلا إذا وجد الرضا ، فهى لا تكون صحيحة مع الاكراه ، ولا مع الهزل ؛ لأن الاكراه والهزل يعدمان الرضا ، ويمحوانه ، فلا يصح معهما هذا النوع من العقود ؛ لأن الرضا لازم لصحتها ، وان لم يكن لازما لانعقادها ، فاذا صحب هذه العقود اكراه أو هزل فهى منعقدة فاسدة ، حتى يزول الاكراه ويوجد رضا ، أو يعدل الهازل عن هزله ، ويصر على العقد ، ويرضى به ؛ لأن سبب الفساد هو عدم الرضا ، وقد زال بوجوده ، فيزول معه الفساد .

(ثانيهما) تصرفات لا تقبل النقض فى الجملة ان وجدت كالنكاح والطلاق والعتاق ، فان هذه التصرفات ان انعقدت تكون لازمة ، ولا تقبل النقض فى أصل شرعتها ، وان كانت هنالك أحوال استثنائية يفسخ بعضها فيها ، وهذه التصرفات التى لا تقبل النقض تظهر آثارها بمجرد انعقادها ، وتوجد أحكامها بمجرد وجود العبارات المنشئة لها ، ولذلك يعبر الفقهاء عنها بأنها لا تتراخى أحكامها عن أسبابها ؛ ولأن هذه التصرفات لا تقبل النقض ، ولا يعروها الفسخ فى أصل شرعتها ، ولأن أحكامها توجد بمجرد وجود العبارات المنشئة لها — قال الحنفية انها تنعقد صحيحة ، ولو لم يتوافر فيها الرضا ؛ فالهزل والاكراه لا يؤثران فى صحة النكاح ، بل ينعقد النكاح صحيحا مع الاكراه والهزل ، لأن الرضا ليس بشرط لصحته ، ولأن أحكامه لا تنفصل عن وجود سببه ، وسببه يتحقق بالقصد إلى العبارات المنشئة له مع سائر ما يشترط لانعقاده ، والقصد إلى العبارات المنشئة له هو الاختيار المطلوب ، وهو يكون مع الاكراه ، فينعقد النكاح معه ، وإذا انعقد ظهرت أحكامه بمجرد انعقاده ، فلا يؤثر فيه عدم الرضا .

ولا شك أن هذا التقسيم الذى يجعل بعض العقود يلزم فيه الرضا ، وبعضه لا يلزم فيه انما هو عند الحنفية أما عند الشافعية ومن سلك مسلكهم ، وهو أحرى بالاتباع ، فالرضا ملازم للاختيار لا يتحقق أحدهما من غير الآخر ، وكلاهما لازم

لانعقاد العقود كلها؛ سواء فى ذلك ما يقبل النقض، ولا يتصل حكمه بسببه، وما لا يقبل النقض، ولا يتراخى حكمه عن سببه، فالنكاح وأخواته لا تنعقد مع الاكراه عند غير الحنفية، لأن الاختيار اللازم لصحة العبارات المنشئة للعقد لا يتحقق الا مع الرضا، ولا شك أن الاكراه يعدمه (١).

١٢٣ — وما دمنا نتكلم عن الرضا فى العقود، وأثره، وأحكام العقود ان فقدته وجب أن نشير الى موضوع يتكلم فيه الفقه الحديث فى العقود وأقسامها، وهو العقود الرضائية، والعقود الشكلية :

لقد كانت العقود فى أوروبا قبل القرن الثالث عشر الميلادى شكلية فى جملتها، بمعنى أن العقد لا يعتمد فى وجوده على إرادة العاقدين ورضاهما، ولا تعتبر العلة المنشئة للعقد تراضى طرفيه على ما فيه من إلزام والتزام، بل عماد وجود العقد رسوم وأشكال يلزم القانون بها؛ ليكون للعقد قوة الالزام؛ ولينشأ به الالتزام، فاذا وجدت تلك الرسوم وهذه الأشكال، فقد وجد العقد من غير نظر لارادة العاقدين ورضاهما، ومن غير نظر الى ما يدل على ذلك الرضا من عبارات، مادامت الرسوم والأشكال قد توافرت، فلما جاء القرن الثالث عشر، وجاء ماسمى بعصر النهضة، نهضت الارادة الانسانية تفرض وجودها فى العقد فرضا ملزما، لتكون هى العنصر المكون له، ثم أخذت العقود فى التحول والانتقال من عقود شكلية الى عقود رضائية، حتى صارت الارادة هى الأساس الأول لتكوين العقد، والعلة المنشئة له، والمناط الذى يرتبط به العقد وجوداً وعدما، فان وجدت، وجد، وان لم توجد لا يكون العقد، وان لحقها عيب لحق العيب ذلك العقد، فأثر فى كونه ووجوده، ولكن بقيت آثاره من الرسوم والأشكال، فكان من الضرورى لاعتراف القانون بآثار بعض العقود واحترامها

---

(١) أخذنا ذلك الجزء وما سبقه من أصول فخر الاسلام وكشف الأسرار فى عوارض الأهلية ١٥٠٨، ١٥٠٩ — و١٥٠٢ و١٥٠٣ والتقرير والتحبير الجزء الثانى فى عوارض الأهلية، وشرح المنار، ومرآة الأصول فى عوارض الأهلية، ويلاحظ أن الشافعى يرى أن الاكراه الباطل هو الذى يبطل التصرفات. وأما الاكراه الحق فلا يبطلها.

بعض الأشكال ، مع وجود الارادة والرضا ، كاشتراط التسجيل لنقل الملكية فى العقود الناقلة للملكية اذا كان محل العقد عقاراً .

ولا زال بعض العقود لا يكفى فى تكوينها الرضا من الطرفين ، بل لابد أن يضاف اليه أمور شكلية ليتكون العقد ، و يتقرر كعقد الهبة فى القانون المصرى ، فانه لا يتكون بمجرد وجود الرضا من الطرفين ، بل لابد لوجوده من الرضا والأمور الشكلية ، ولكن ذلك النوع من العقود الشكلية قليل ، ومع قلته يختلف عن شكلية القرون القديمة ، لأن الرضا فى القديم لم يكن عنصراً من عناصر تكوين العقد ، ولذلك ما كان يطعن فى العقد بالغلط والتدليس والاكراه [1] .

١٢٤ — بعد هذه الاشارة السريعة نقول انه مما لاشك فيه أن الأصل فى العقود فى الشريعة الاسلامية أنها تقوم على القصد و إرادة العاقدين ، وأن الرضا لازم لصحة العقود فى الجملة إلا ما استثنى عند الحنفية وحدهم فالأصل فى العقود فى الشريعة أنها لا تحتاج فى تكوينها الا الى قصد عاقديها من غير حاجة الى أمور شكلية يشترطها الشارع ؛ ولذلك نستطيع أن نقول غير مغالين ان العقود الشرعية من النوع الذى يسمى فى القانون عقوداً رضائية ، وليست من النوع الذى يقال انه عقود شكلية ، فالشريعة لاتعرف فى جملتها الشكلية فى العقود ، ولا تشترط أى شىء لتكوين العقد غير قصد الطرفين إلى إنشائه ، غير أنه يجب أن يلاحظ أمران ؛ نرى فيهما بعض الشكلية ؛ إذ نراها ذات أثر واضح ، بل ذات سلطان مكون فى العقد فى بعض صورها .

أحدهما — أن من العقود مايقرر أبو حنيفة وأصحابه أنه يكفى لانعقادها أن يقصد العاقد الى النطق بالعبارات الدالة على العقد ، ولو كان العاقد مكرها ، وتنعقد هذه العقود لازمة صحيحة مع الاكراه ، وهى العقود اللازمة غير القابلة للفسخ كالنكاح ، وكالخلع بالنسبة للرجل لا للمرأة ، وغير هذا النوع من العقود

---

(١) راجع كتاب الالتزامات للأستاذ الدكتور السنهورى بك هامش ص ١١٥ .

أيضا يكفى لانعقاده القصد أيضا الى اللفظ الدال على العقد ، وإن لم ينطق به ، ولـكنها تـكون مع الهزل والاكراه فاسدة لاصحيحة ، والمعروف المقرر عند أبى حنيفة وأصحابه أن العقد الفاسـد منعقد ، ويرتب له الشارع أحـكاما بقيود وشروط خاصة ؛ فهو على أية حال عقد له وجود وكيان لهذا ، وبدليل أنه اذا زال سبب الفساد انقلب صحيحا بالعبارات السابقة المنشئة له من غير عبارات أخرى جديدة ، وهـذا كله يدل على أن الرضا ليس بلازم لانعقاد العقود عند الحنفية ، وإن كان لازما لصحة أكثرها ، وانما تنعقد العقود بنطق العاقد بالعبارات المنشئة لهـا ، قاصداً للنطق ، من غير نظر الى الرضا ، وكون النطق معبراً عن الرغبـة والارتياح أو غير معبر .

ولـكن جمهور الفقهاء يرى أن الرضا لازم لانعقاد العقود كلها من غير تفرقة بين عقود قابلة للنقض ، وعقود غير قابلة له ، فاذا وجـد الرضا مع كل مايجب توافره من الشروط اللازمة لانعقاد العقد انعقد ، وكان صحيحا ، وإن لم يوجد لم ينعقد ، ولا يعترف جمهور الفقهاء بعقد ينعقد ويكون فاسداً ، إذ لافرق عندهم بين الفساد والبطلان ، فـكلا العقد الفاسد والباطل عقد غير منعقد .

ثانيهما — اتفاق الفقهاء على أن الرضا فى عقد الزواج لا يكفى لصحة الانعقاد ، بل لابد لـكى يكون العقد صحيحا من الاعلام ، واكتفى بعض الأئمة بشهادة شـاهدين لهذا الاعلان ، ولم يكتف بعضهم بالشهادة ، اذا لم يتوافر معها الاعلام ، وذلك لأن الاعلام غرض مقصود فى الزواج ، إذ قد وردت الآثار متضافرة مقررة أن فرق ما بين الحلال والحـرام الزفاف والاعلان . وقد جاء فى فتاوى ابن تيمية ما نصه : « أمر بالولى والشهود ونحو ذلك فى النـكاح مبالغة فى تمييزه عن السفاح ، وصيانة للنساء عن التشبه بالبغايا ، حتى شرع الضرب بالدف ، والوليمة الموجبة لشهرته ، ولهذا جاء فى الأثر : المرأة لا تزوج نفسها ؛ فان البغى هى

التى تزوج نفسها [١] . وأمر فيه بالاشهاد ، أو بالاعلان ، أو بهما جميعا ، ثلاثة أقوال [٢] » .

١٢٥ — وعلى ذلك يصح أن نقول ان عقد الزواج عقد شكلى ، لأنه لا يكتفى فى تكونه برضا العاقدين ، بل لابد مع هذا الرضا من الاعلان والشهرة ، أو شهادة الشهود . وان شكلية عقد الزواج واضحة كل الوضوح على مذهب جمهور الفقهاء الذين لا يفرقون بين العقد الفاسد والباطل من جهة عدم الانعقاد ، بل هما لفظان مترادفان فى نظر الجمهور . فالجمهور من الفقهاء يرون أن عقد الزواج لا ينعقد من غير الشهود ، أو من غير الاعلان ، أو من غيرهما على الخلاف فى ذلك بينهم .

أما مذهب الحنفية الذى يقول ان الشهود شرط لصحة النكاح ، وليسوا بشرط لانعقاده ، فهو الذى يحتاج الى نظر ؛ أيعتبر فيه عقد النكاح عقدا رضائيا ؟ أم يعتبر عقدا شكليا ، قد قال الثانى ، وهو كونه شكليا أكثر من كتبوا فى الالتزامات فى الفقه الحديث ، وقرره الاستاذ الدكتور السنهورى بك فى نظرية العقد ؛ ولكن جاء فى عبارات بعض حضرات الكتاب من أساتذة الشريعة الاسلامية ما يفهم منه أن عقد الزواج رضائى ، وليس بشكلى ؛ لأن الرضا هو العنصر الأساسى فى تكوين العقد ، وحضور الشهود شرط صحة فقط ، ونهج مثل هذا النهج بعض قليل من كتاب الفقه الحديث . والرأى عندى أن عقد الزواج عند أبى حنيفة وأصحابه ينطبق عليه اسم العقد الشكلى وما يحتج به من أن عدم حضور الشهود فيه يترتب عليه أن يكون النكاح فاسدا لا باطلا — لاجداء فيه ولا ثمرة ، لأن من فقهاء الحنفية من لا يفرق بين باطل النكاح وفاسده ، فان التفرقة بين باطل عقود المعاوضات وفاسدها أمر مقرر ، لوضوح الفرق بين آثارهما فيها . أما النكاح فلا فرق بين آثار العقد الفاسد ، والعقد الباطل [٣] ، وهذا

---

(١) أكثر الأئمة يرى أن النكاح لا ينعقد بعبارات النساء ، بل لابد من ولى يتولى عبارته .

(٢) فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٧٠ ، ٢٧١ .

(٣) يذكره الفقهاء من صور بعض النكاح غير الصحيح واعتبار العقد فيها كأن لم يكن ، وأن الدخول بسببه يعتبر زنى صورا ثلاثا (احداها) اذا كانت عبارة العقد صادرة عن =

رأى كمال الدين بن الهمام ، وذكره على أن المقرر الثابت فى المذهب ، وابن الهمام هو من نعلم دقة واحكام نظر وتحريا للصدق فى النقل . واذا لم يكن ثمة فرق بين باطل النكاح وفاسده ، بل كل نكاح غير صحيح هو نكاح لا يعتبر موجوداً فى نظر الشارع ؛ لأنه لا يرتب عليه أى أثر من الآثار التى تكون لعقد النكاح فى ذاته ؛ فمن الواجب إذن أن نقول ان حضور الشهود له أثر فى كيان العقد ، فيكون النكاح عقداً شكليا .

ولو تنزلنا فى التسليم ، أو أخذنا بطريقة من يفرقون بين فاسد النكاح وباطله . وقلنا ان النكاح من غير شهود فاسد لا باطل ، فانا نجد هذا النوع من النكاح لا يعترف به الشارع ، بدليل أنه لا يثبت به من غير الدخول مهر ، ولا تثبت به نفقة ، ولا يكون لأحد الزوجين أى حق من حقوقه ، ويجب التفريق ، وان علم القضاء بأن شخصين يتعاشران بمقتضى هذا العقد فرق بينهما ،وفوق ذلك لا تثبت به حرمة مصاهرة . ولو كان عقداً معترفا به من الشارع يقر بوجوده وتكوينه لكان مثبتا لحرمة المصاهرة ؛ لأنه نكاح موجود ، ولكن الثابت غير ذلك ، أفلا يجوز لنا بعد هذا أن نقول : ان النكاح من غير شهود نكاح غير معترف به من الشرع الاسلامى ، فهو غير موجود فى نظره ، ويكون عقد الزواج اذن فى نظر الفقه عقداً شكليا ؛ لأنه لا بد لاعتراف الشارع به من الشهود .

قد يقول قائل : ان النكاح من غير شهود والنكاح الفاسد يترتب عليه أنه

= غير أهلية (وثانيها) اذا تزوجت المسلمة غير مسلم (ثالثها) اذا تزوج الشخص احدى محارمه أو زوجة الغير عالما بالحرمة ، ففى هذه الصور قال بعضهم ان النكاح باطل ، وان الدخول بسببه زنى لا يوجب عدة ، ولا يثبت نسبا ، وفهم كثيرون أن النكاح غير الصحيح منعقد فاسدا فى غيرها ، بدليل أنه يوجب عدة ويثبت نسبا ومهرا عند الدخول ، وفى الواقع ان ذلك ليس منشؤه اعتراف الشارع بوجود العقد أو عدم وجوده ، انما منشؤه قوة الشبهة فى الدخول وضعفها ، فان شبهة الحل ضعيفة أو غير موجودة فى الصور الثلاث المذكورة ، والشبهة قوية فى غيرها ، ولذا اعتبر الدخول زنى فيها ، ولم يعتبر فى سواها .

ان حصل دخول أن يثبت النسب ، ويجب مهر المثل وتلزم العدة ، وهو على ذلك يعترف الشارع بوجوده ، و يقر بكيانه ، بدليل أنه رتب هذه الآثار ، والجواب عن ذلك ان الذى جعل الشارع يرتب هذه الأحكام على النكاح الفاسد ليس هو العقد ، ولكن هو الدخول مع وجود شبهة ، تمنع أن يكون ذلك الدخول فاحشة توجب حداً ، بدليل أن تلك الآثار نفسها وبعينهـا ، تثبت فى الوطء بشبهة كأن يدخل رجل على امرأة يظنهـا عروسه ، وتظنه زوجها ، ففى هذه الحـال ، تثبت كل هذه الآثار ، مع انه لم يوجـد عقد أصلا ، واذا كان كذلك فليس فى اثبات تلك الآثار من جانب الشارع للعقد الفاسد اعتراف به ؛ ولا اقرار له ؛ لأنها ثبتت لمجرد الوطء بشبهة الخالى من كل عقد ؛ بل تصرح عبارات بعض الفقهـاء بأن هذه الآثار أو بعضها ما ثبتت للنكاح الفاسد الا لأنه يشبه الوطء بشبهة فالشارع لم يرتبها على العقد ، ولكن رتبها على مجرد الدخول مع الشبهة .

وهبنا تنزلنا مع القائلين : إن النكاح عقد غير شكلى ، لأنه من غير الشهود فاسد يعترف الشارع ببعض آثاره بمقتضى كونه عقدا له وجود وكيان ، فان الرضا فى العقود كلها فى مذهب أبى حنيفة أثره أن يجعل بعضها فاسدا ، ولا يمكن أن يؤثر فى انعقاد العقد ووجوده ، بل كل العقود تعتبر منعقدة وموجودة مع عدم وجود الرضا ، فان قلت ان النكاح عقد غير شكلى ؛ لأنه ينعقد من غير شهود ، وان كان فاسدا فقل ان العقود كلها فى فقه أبى حنيفة عقود غير رضائية ؛ لأنها تنعقد وتتكون ، و يكون لها وجود من غير توافر الرضا فيـه ، وذلك ما لم يقله أحد ، ولا يمكن أن يقره القائل : ان النكاح عقد غير شكلى . ثم ان الرضا ليس ركنا مكونا فى عقد النكاح عند الحنفية ، وعدمه لا يوجد أى خلل فى عقد النكاح ، بدليل أن النكاح ينعقد عند الحنفية مع الهزل ومع الاكراه ، و يكون صحيحا تترتب عليه كل أحكامه ، فلا يمكن الا أن يكون شكليا ، ومعنى الرضائية فيه أقل بكثير من معنى الشكلية .

وليست الشكلية فى عقد الزواج بغاضة من قيمته ، بل هى دليل على عظيم رعاية الشارع للعلاقة الزوجية ، فان العشرة الزوجية بين الرجل والمرأة لا تكون الا باباحة الشارع ، وبكلمة الله ورحمته ؛ فلا تناط تلك الاباحة بارادة العاقدين المجردة ، ولا برضاهما المنفرد ، بل لا بد من أمور يشترطها الشارع ليبيح تلك العلاقة التى كان الأصل فيها التحريم صونا للأعراض ، وحفظا للحرمات ، ومنعا للسفاح ، فوضع الشارع حدودا ورسوما تكون حدا حاجزا بين الحلال والحرام ، وفيصلا للتفرقة بين النكاح والسفاح ، كما تكون فاصلا بين عشرة الاحصان ، وعشرة الأخدان ، وكان ذلك الشهرة والاعلان ، فكان لا بد من أن تكون هذه الشكليات مقترنة بارادة العاقدين .

الألفاظ

§ ١٢٦ — قلنا ان أساس العقود القصد والاختيار والرضا ، ولكن هذه معان نفسية لا بد لها من أمر حسى ينبىء عنها ، ويدل عليها ، فكان ذلك الأمر هو الألفاظ ؛ لأن اللسان خلق معبرا عن الجنان ، والعبارات هى الأصل فى الدلالات على الأشياء ؛ لذلك كان أساس العقود العبارات الدالة عليها . وعند العجز عن النطق (كأن يكون اللسان مئوفا بالخرس) تكون فى هذه الحال الاشارة الحسية التى تعارف المتصلون بالأخرس معه على دلالتها على انشاء العقد قائمة مقام العبارة ، وإذا كان الأخرس يجيد الكتابة ؛ فمن الفقهاء من لا يجيز عقوده إلا بها ؛ لأن الكتابة تعبير بالقلم ، فهى كالنطق فى قوة الدلالة ، والاشارة أضعف منها ، ولا يصح العدول عن الدلالة القوية الى الدلالة الضعيفة ما أمكنت هذه ، وكانت فى الاستطاعة ، ومن الفقهاء من يجيز مع قدرة الأخرس على الكتابة أن يعقد بالاشارة[1] ؛

(١) القول الأول متفق مع رواية كتاب الأصل لمحمد ، والقول الثانى يتفق مع رواية الجامع الصغير ، فكأن فى المسألة روايتين ترتب عليهما قولان .

لأن العبارة هى الأصل ؛ فاذا لم تكن ممكنة ، ورخص له فى غيرها ، قام كل ما يدل على العقد مقامها ، سواء أكان اشارة أم كتابة ؛ إذ هما سواء فى كونهما لم تكونا أصلا فى التعبير عن معانى العقود .

ونرى المذاهب المختلفة تتفق فى جملتها على أن الأصل فى العقود أن تنعقد بايجاب وقبول ، وأن يكونا بلفظين ماضيين ، لابلفظين يدلان على الاستقبال ، ولا بلفظين أحدهما مستقبل [1] ، والآخر للماضى . وعلة التقييد بالماضى للفقهاء فيها طريقان :(١) فمنهم من علل ذلك بأن الألفاظ الدالة على الحال ليست متمحضة له ، بل تحتمله وتحتمل الاستقبال ، والتعبير بالمستقبل مساومة أو عدة ، فمن قال بعنى هـذه الدابة بعشرة فهذه مساومة ، واذا قال أبيعك فهذه عدة ؛ و إذن فالمضارع والأمر لا يدلان على إنشاء العقد ، فالماضى هو الذى يمكن أن تؤدى به هـذه الدلالة . (٢) ومن الفقهاء من علل اشتراط لفظ الفعل الماضى للدلالة على إنشاء العقود بأن العقود أمور معنوية يعطيها الشارع أحكاما وآثاراً ، وليس العاقد هو الذى يعطيها الأحكام والآثار ، و إذا كان الشارع هو الذى يعطيها أحكاما ، فهو الذى ينفرد ببيان العبارات التى تنشئها ، وقد وردت الآثار عن النبى صلى الله عليه وسلم بأنه كان يستعمل فى عقوده عليه السلام لفظ الماضى ، وكان مقتصراً عليه ، ولكن أكثر الفقهاء قالوا : إن الأثر فى ذلك معلل بأن لفظ الماضى أدل الألفاظ على تحقق الوجود ، فكان أنسب الألفاظ لانشائها ، و بأن اللغة العربية تقصر الألفاظ المنشئة للعقود على الألفاظ الماضية ، ولذلك إذا نوى العاقدان بالألفاظ الدالة على الاستقبال أو الحال إنشاء العقد فى الحال ، وأعلنا هـذه النية انعقد العقد ، ولذا يقول كمال الدين بن الهمام فى فتح القدير فى كتاب البيع مانصه :

(١) وقد استثنى الفقهاء من ذلك عقد النكاح ، فقـد قالوا انه ينعقد بعبارتين احداهما متمحضة للمستقبل والثانية للماضى فيصح أن يقول أحـد العاقدين زوجنى ابنتك فيقول الآخر قبلت ، ويعلل الفقهاء جواز ذلك بتعليلين مختلفين : أحدهما أن الصيغة الأولى الاستقبالية توكيل ، والثانية تولى للعقد من الجانبين ، وعقد الزواج يصح أن يتولاه عاقد واحد عن الطرفين بخلاف سائر العقود ، والثانى أن احتمال المساومة فى النكاح بعيد ؛ لأن مجلس عقد الزواج يسبقه عادة اتفاق على كل ما يتعلق به ، فيتمحض لفظ الاستقبال للعقد فى الحال لعدم احتمال المساومة التى يفيدها فى أصل لفظ الاستقبال .

« واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقا على نيـة الحال ، أما إذا تصادقا على نيـة البيع فى الحال ، فينعقد به فى القضاء ، لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال ، فيثبت بالنية» ويقرر الفقهاء أن العبرة فى العقود بمعانيها لا بألفاظها ، و بالمقصود من العبارة ، لا المفهوم اللغوى المجرد لها ، ولذلك يقول كمال الدين بن الهمام أيضا : «لايثبت الحـكم بمجرد اللفظ بلا نية ، فلا يثبت بلفظ البيع حكمه إلا إذا أراده به ، وحينئذ فلا فرق بين بعت وأبيع فى توقف الانعقاد به على النية ،ولذا لايصح بلفظ بعت هزلا . . . . فهو ينعقد بالماضى وغيره بالنية ، ولا يصح بالماضى وغيره بلا نية » ويسرد صوراً كثيرة للبيع تحلل فيها العاقدان من التعبير بلفظين ماضيين ومنها إذا قال المشترى اشتريت منك بألف ، فيقول البائع هات الثمن ، وكذا إذا قال هذا على بألف ، فقال الآخر قبلت . ولو قال هو لك بألف إن وافقك أو أعجبك أو إن أردت ، فقال وافقنى أو أعجبنى أو أردت ، فبكل هذه العبارات ينعقد عقد البيع ، وما يشبهه ، لوضوح إرادة العاقدين للانشاء من هذه العبارات ، و إن لم تـكن الصيغة بأفعال ماضية (١) .

وترى من هذا أن الفقهاء يبدون بادى الرأى متشددين فى أن تكون صيغ العقود بألفاظ ماضية ، ثم اذا سرنا معهم فى تعليل الفكرة وجدناهم متحللين من ذلك التقييد بله التشدد فيه إلى إجازة العقود بالعبارات الدالة من غير تقيد بألفاظ ماضية أو صيغ خاصة (٢) ما دام العرف يقرر دلالتها ، والنية مقترنة بها ، ومعها ما تحمل فى ثناياها من إرادة ورغبة فى العقد فى الحال .

١٢٧ — وإذا كانت الألفاظ هى العماد الأول فى التعبير عن العقود وأنه لا يعدل عنها إلى غيرها إلا عند العجز عنها ، لوضوح دلالتها على إنشاء العقد ،

(١) راجع فتح القدير فى كتاب البيوع الجزء الخامس ص ٧٦ ، ٧٧ .

(٢) من هذا التقرير يتبين أن الفقهاء لم يقيدوا الناس بصيغ خاصة وتعابير خاصة ، حتى يحاول بعض الباحثين تعليل ذلك بعلل بعيدة ، مثل قوله ان التمسك بالألفاظ فى الشريعة من بقايا التأثير السحرى للألفاظ عند الشرقيين ،كأن عبارات العقود فى الشريعة تعاويذ أو رقى ، والحق أن لا شىء من ذلك لما علمت .

فلذلك قرر الفقهاء قاطبة أن الأقوال هى الأصل لانشاء العقود ، والأفعال لا تعتبر منشئة للعقد إلا لما تنطوى عليه من دلالة تشبه الدلالة اللفظية ، فاذا ساوم شخص شخصا آخر على شراء شيء ، ثم أعطاه الثمن وأخذ المبيع فقد انعقد العقد ، وكذلك من ركب عربة معدة لنقل الناس ، ونقد صاحبها أو العامل فيها الأجرة ، فقد انعقدت الاجارة ؛ لأن هذه الأفعال تنبيء فى ثناياها على ما تدل عليه الأقوال . غير أن الفقهاء لم يكونوا على سنن واحد فى احلال الأفعال محل الأقوال فى العقود ، واقرارهم انعقاد العقود بها ، فمنهم من منع انشاء العقود بها الا بقدر ، ومنهم من أجاز وجعل اللفظ أولى ، ومنهم من ترك الأمر الى العرف ، فالأقوال ثلاثة :

(أولها) أن العقود لا تنعقد الا بالأقوال ، ولا تنعقد بالأفعال الا عند العجز عنها كحال الأخرس على النحو الذى بيناه ، وذلك لأن الأفعال ليس لها دلالة بأصل وضعها على الالتزامات ، وعلى رضا الشخص الذى يقيده بأمر تظهر آثاره فى القابل ، فذلك لا يتم الا باللفظ المعبر المنبيء عن حقيقة النية ، والمنبيء عن تعهدات النفس التى تتقيد بآثارها القابلة ، وعلى ذلك لا ينعقد عقد بمجرد المعاطاة ؛ فالبيع لا ينعقد بالمعاطاة باعطاء الثمن وتسلم المبيع بعد المساومة ، والاجارة لا تنعقد باعطاء الأجرة والتمكن من الانتفاع ، بل لا بد فى كل هذا وأشباهه من عبارات ، والا ما كان عقدا . وهذا هو ظاهر مذهب الشافعى ، وهو مذهب الظاهرية ، وفى مذهب الشافعى بعض آراء لمجتهديه تجيز العقد بالمعاطاة اذا كان محل العقد من المحقرات ، ويختلفون فى حد المحقرات من الأشياء ، ثم يرجحون أن ذلك أمر متروك للعرف والعادة ، فما يعده العرف حقيرا انعقد العقد عليه بالمعاطاة ومهما يكن من أثر هذا الخلاف ، فالمشهور المأثور عن الشافعى وهو الراجح عند المجتهدين من بعده فى مذهبه عدم انعقاد العقود بالأفعال، جل موضوعها أوهان[1] .

---

(١) جاء فى المجموع فى بيان أحكام ما جرت به عادة الناس فى عقود بالمعاطاة فى بعض الأشياء ما نصه « واذا قلنا بظاهر المذهب فما حكم الذى جرت العادة من الأخذ والعطاء ؟ فيه وجهان : أحدهما أنه اباحة ، وبه أجاب القاضى أبو الطيب . . . قال انما أباح كل واحد منهما بسبب اباحة الآخر له (قلت) فهو اذن معاوضة ، فأصحهما (هو ثانيهما) حكمه حكم=

القول الثانى — ان الأصل فى العقود أن تكون بالألفاظ بلا ريب، ولكن قد تقوم الأفعال مقام الألفاظ اذا وجدت قرائن تدل على الرضا، وتعلن الارادة، كمن يدفع ثوبا الى خياط ليخيطه، ومن شأن الخياط ألا يعمل إلا بأجر، أو يركب فى سفينة ملاح معدة للاستغلال بالركوب، أو يركب عربة معدة لركوب العامة بأجرة كالترام ونحوه، ونحو ذلك من عقود البيع والاجارة، « فان هذه العقود لو لم تنعقد بالأفعال الدالة عليها، لفسدت أمور الناس، ولأن الناس من لدن النبى صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا ما زالوا يتعاقدون فى مثل هذه الأشياء بلا لفظ، بل بالفعل الدال على المقصود، وهذا القول يسير على أصول أبى حنيفة [1]، وهو قول فى مذهب أحمد »، ولا شك أن هذا القول أوسط من سابقه وأقصد، وأقرب الى التساهل.

القول الثالث — أن العقود تنعقد بكل ما يدل على مقصودها من قول أو فعل، فكل ما عده الناس دالا على البيع ينعقد البيع به، وكل ما يعتبره الناس دالا على الاجارة فالاجارة تنعقد به، من غير نظر الى كون الفعل قائما مقام اللفظ أو غير قائم مقامه، وان اختلف اصطلاح الناس فى الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال، وليس لذلك حد لا فى شرع، ولا فى لغة، بل يتنوع بتنوع الناس، كما تتنوع لغاتهم، فان لفظ البيع والاجارة فى لغة العرب ليس هو اللفظ الذى يدل عليه فى لغة الفرس أو الروم أو الترك أو الحبشة، بل قد تختلف أنواع الدلالة فى اللغة الواحدة. ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات فى المعاملات، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به

= المقبوض بسائر العقود الفاسدة، فلكل واحد منهما مطالبة الآخر بما سلمه اليه مادام باقيا، وبضمانه ان كان تالفا . . . وعن الشيخ أبى حامد أنه لا مطالبة لواحد منهما على الآخر، وتبرأ ذمتهما بالتراضى، وهذا يشكل بسائر العقود الفاسدة، فانه لا يراه وان وجد الرضا » اه المجموع جـ ٨ ص ١٠٠ .

(١) راجع فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص٢٦٨ . والمنصوص عليه فى كتب الحنفية أن بيع المعاطاة يجوز فى الحقير والخطير (راجع فتح القدير الجزء الخامس فى كتاب البيع) .

غيرهم من أهل لغة أخرى ، اذا كان ما تعاقدوا به دالا على مقصودهم ، وان كان قد يستحب بعض الصفات اللفظية ؛ للاستيثاق من حكاية الصورة الحسية للنية الخفية ، والضمير المستكن ، وهذا القول هو الغالب على أصول مالك ، وظاهر مذهب أحمد (١) .

١٢٨ — هذه خلاصة اختلاف العلماء فى إنعقاد العقود بالأفعال ، وهو واضح كل الوضوح فى العقود المالية ، ولكن هذا الاختلاف ينتهى الى الاتفاق فى عقد النكاح ؛ فان المتفق عليه أن عقد النكاح لا ينعقد الا بالألفاظ الدالة عليه ، والألفاظ الصريحة فيه ، سواء أكانت حقيقة لغوية فيه ، أم مجازا مشهورا وصل الى درجة الحقيقة اللغوية أم مجازا وضحت فيه القرينة ، وذلك على بعض المذاهب (٢) ، ومهما يكن من اختلاف فى بعض هذا ، فمن المتفق عليه أنه لا يكون إلا بالألفاظ الدالة عليه دلالة واضحة ، ولا شك أن اجماع العلماء على أن عقد النكاح لا يكون إلا بالألفاظ ، و بالألفاظ الصريحة فى معناه ، أو الواضحة الدلالة عليه ، ولو بطريق المجاز المشهور على رأى الأكثرين فى موضعه ، وله حكمته ؛ لأن موضوع عقد النكاح لا تتأتى فيه المعاطاة التى تغنى عن العبارة اللفظية ، وتقوم مقامها ؛ ولأن الاشهاد لا يكون إلا على لفظ صريح واضح ولو بطريق المجاز ؛ ولأن عقد الزواج فيه معنى العبادة من ناحية ، وله بعض أحكامها ، فاذا ناط الشارع أحكامه بالألفاظ ، بل ببعض الرسوم والأشكال ، فذلك مما يتلاءم مع فكرته ، وما يراه الفقهاء من أن فيه ناحية من العبادة . لهذا ولما ذكرنا من أن العشرة الزوجية الأصل فيها التحريم ، والاباحة كانت من الشارع رحمة منه وحفظا للنوع الانسانى على الوجه الأكمل ، ناطت الشريعة تلك الاباحة ببعض الرسوم والأشكال والألفاظ .

---

(١) هذه الأقوال ملخصة من فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٦٧ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩ ، ٢٧٠ ، ٢٧١ .

(٢) لقد شدد الشافعى فقال انه لا ينعقد الا بلفظ النكاح أو التزوج ، ولا ينعقد بلفظ الهبة والعطية لأن دلالة هذين اللفظين على النكاح صريحة ، وغيرهما ليس بصريح فيه ، بل هو كناية ، وان وجدت قرينه ارادة الزواج .

ولمعنى العبادة فى بعض نواحى النكاح قال بعض الفقهاء ان النكاح لاينعقد بغير العربية ممن يستطيعون الكلام بها ، ويفهمونها ، لأن العبادة بغير العربية لا تجوز إلا لمن لا يستطيع النطق بها ولا يفهمها ، ولقد رد ابن تيمية هذا الرأى ، وقال : « انه (أى النكاح) وان كان قربة فانما هو كالعتق والصدقة ، ومعلوم أن العتق لا يتعين له لفظ لا عربى ، ولا عجمى ، وكذلك الصدقة والوقف والهبة لايتعين لها لفظ عربى بالاجماع ، ثم الأعجمى إذا تعلم العربية فى الحال ربما لا يفهم المقصود من ذلك اللفظ ، كما يفهم من اللغة التى اعتادها . نعم لو قيل تكره العقود بغير العربية لغير حاجة ، كما يكره سائر أنواع الخطاب بغير العربية لغير حاجة لكان متوجها ، كما روى عن مالك وأحمد والشافعى ما يدل على كراهة اعتياد المخاطبة بغير العربية لغير حاجة » (١) .

١٢٩ — ولقد ذكر صاحب تهذيب الفروق السبب فى التشديد فى أن يكون النكاح بألفاظ ، وعناية الشارع الاسلامى بالألفاظ الدالة عليه ، ورجع ذلك السبب الى أربعة أوجه هى فى ذاتها أربع قواعد فقهية ننقلها لما فيها من فائدة وأحكام ودقة ، وها هى ذى :

الوجه الأول — أن النكاح لابد فيه من لفظ يشهد عليه فيه أنه نكاح ، لاسفاح ، لأن القاعدة أن الشهادة شرط فى النكاح ، إما مقارنة للعقد ، كما قال الأئمة الثلاثة ، أو قبل الدخول كما قال مالك ، وعلى التقديرين لابد من لفظ .

الوجه الثانى — أن النكاح عظيم الخطر ، جليل المقدار ، لأنه سبب بقاء النوع الانسانى ، وسبب للعفاف الحاسم لمادة الفساد ، واختلاط الأنساب ، وسبب للمودة والمواصلة والسكون ، وغير ذلك من المصالح ، والقاعدة أن الشىء إذا عظم قدره شدد فيه ، وكثرت شروطه ، وبولغ فى إبعاده ، تعظيما لشأنه ، ورفعا لقدره ، ألا ترى أن المرأة النفيسة فى مالها ، وجمالها ، ودينها ، ونسبها ، لايمكن الوصول اليها إلا بالمهر الكثير ، والتوسل العظيم ، وأن المناصب الجليلة ،

(١) فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٧٠ .

والرتب العلية كذلك فى العادة ، وأن الذهب والفضة لما كانا رءوس الأموال ، وقيم المتلفات شدد الشارع فيهما ، فاشترط المساواة والتناجز ، وغير ذلك من الشروط التى لم يشترطها فى سائر العروض ، وأن الطعام لما كان قوام البنية الانسانية منع الشرع بيعه نسيئة بعضه ببعض . . . لذلك كله شدد الشرع فى النكاح ، فاشترط الصداق والشهادة ، وخصوص الألفاظ .

الوجه الثالث — أن الأصل فى السلع والعروض الاباحة ، والأصل فى العلاقة الجنسية التحريم ، حتى يكون عقد نكاح — والقاعدة أن الشرع يحتاط فى الخروج من الحرمة الى الاباحة أكثر من الاحتياط فى الخروج من الاباحة الى الحرمة ؛ لأن التحريم يكون لمنع المفاسد ، فيتعين الاحتياط للخروج منه ؛ فلا يقدم المكلف على اباحة محل فيه احتمال المفسدة الا بسبب قوى ، يقطع بزوال تلك المفسدة ، أو يعارضها — أما ما الأصل فيه الاباحة ، فتمنع الاباحة عندطروء المفسدة بما يسر من الأسباب ... ولهذه القاعدة لم يجز النكاح بكل لفظ ، بل بما فيه قرب من مقصود النكاح ؛ اذ هو خروج من الحرمة الى الحل ، وجاز البيع بجميع الصيغ والأفعال الدالة على الرضا بنقل الملك فى العوضين ؛ لأنه خروج من الحل إلى الحرمة .

الوجه الرابع — عموم الحاجة الى البيع ونحوه ، مع كثرة الوقوع والحصول ، وتكرر العقد عند كل حاجة ؛ إذ لا غنى للانسان عن مأكل ومشرب وملبس ومسكن ومركب ، بخلاف النكاح ، فانه قليل الحصول والتكرار من الشخص الواحد . والقاعدة فى الشريعة السمحة التخفيف فيما يعم ويكثر ويتكرر ، والتشديد فيما لا يعم ولا يتكرر [١] .

النية والألفاظ

§ ١٣٠ — قد بينا أن قوام صحة العقود الرضا ، وأن الارادة هى العامل

(١) نقلنا هذه الوجوه بتصرف للتوضيح من الجزء الثالث من تهذيب الفروق ص ١٨١ ، ١٨٢ المطبوع على هامش الفروق للقرافى .

الأول فى تكوين العقد ، وأن اللفظ معبر عن هذه الارادة ، كاشف عنها ، ولكن أتناط الأحكام بتلك الارادة ، فيبحث عنها من غير تقيد باللفظ المكون للعقد ؟ أم العبرة بظاهر القول . فيعتبر معلنا عن تلك الارادة من غير بحث فيما وراءه للكشف عنها ، وتقصى أغوارها ؟ ولنضرب لذلك مثلا يحرر المراد و يعينه : اذا طلق رجل زوجه طلاقا كان مكملا للثلاث التى يملكها ، فتزوجت بزوج آخر لا لتدوم العشرة ، و يؤدم بينهما بحياة زوجية ، بل لتحل به للأول ، و يصح له أن يعقد عليها ، أيكون هذا زواجا صحيحا ، له كل أحكام الزواج الصحيح الذى لا يقبل فسخا ؟ لا شك أننا ان نظرنا الى ظاهر القول ، ولم نلتفت الى ما وراءه ، ولا الى الدوافع والغايات ، فلا بد أن نحكم بأن النكاح صحيح له كل أحكامه وآثاره ؛ لأن الدوافع والغايات لم يكن فى لفظ العقد مايعلنها و يكشفها ، فهو نكاح غير مؤقت بمقتضى لفظه ، فلاسبب يوجب فساده . وان نظرنا إلى النيات المستترة ، والغايات المستكنة المتفق عليها بين طرفى العقد ، حكمنا بأنه عقد غير صحيح ؛ لأن العاقدين عقداه على نية الانفصال القريب ، فهو على هذا عقد مؤقت ، أو بعبارة أخرى لم يرد به العاقدان نكاحا بمعناه الشرعى .

من الفقهاء من كان الغالب على فروعه وأصوله الأخذ بظاهر القول من غير بحث عن النيات والأغراض والمقاصد إلا إذا دُل عليها بلفظ يعلنها فى العقد ، و من الفقهاء من أخذ بالنيات والدوافع ، و يفسر ألفاظ العقد على مقتضى ما تعطيه تلك النيات ، وما تومىء اليه تلك الأغراض ، فهم لا يفهمون لفظ العقد بمقتضى الدلالة اللغوية والعرفية فقط ، بل يفهمونه بمقتضى هذه الدلالة مع غرض المتكلم ونيته ، ما ظهر منها وما بطن ، ما دامت هناك قرائن تكشف عنها ، وتعلنها .

§ ١٣١ — وأظهر من يأخذ بظاهر العقود وعباراتها المكونة لها من غير نظر الى النيات والأغراض الشافعى رضى الله عنه ، فهو لا يأخذ إلا بمقتضى ظاهر الألفاظ فى العقود وما تدل عليه ، لأن أحكام الدنيا كلها نيطت بالظاهر

فى الشريعة الاسلامية ، فالنيات أمور علمها عند الله ، ولا يجليها إلا يوم يكون الأمر كله لله ، فالبحث عن النيات والمقاصد الخفية لا يتفق مع المبدأ العام الذى يقول ان كل الأحكام الدنيوية تبنى على الظاهر ، والنبى صلى الله عليه وسلم فى أقضيته كان يقضى بمقتضى الظاهر، وهو الذى أوحى اليه ، واذا كانت الأحكام كلها فى الدنيا كذلك ، فالعقود كلها لا يؤخذ إلا بما تنطق به عباراتها من غير نظر إلى النيات خيرة أو غير خيرة ، فاذا كان العقد صحيحا بمقتضى ألفاظه وما اشترط فيه ، وما اقترن به ، فهو عقد صحيح من كل الوجوه من غير نظر الى كونه ذريعة الى ربا أو غير ذلك ، ما دام العقد لم يقترن بربا ، ولا بشىء يفسده ، والنية يحاسب عليها الديان الذى لا تخفى عليه خافية ، وهو بكل شىء محيط .

وكثيرون من الفقهاء قد أخذوا بألفاظ العقود محمولة على النيات مفسرة بها ما دامت قد قامت على تلك النيات قرائن ظاهرة ، وشواهد قائمة ، أما ما خفى واستسرته النفس ولم تعلنه فلا يناط به شىء ، لأنه لا يمكن العلم به ، والله يقول « ولا تقف ما ليس لك به علم » . وحجة هؤلاء فى الأخذ بالأغراض ان قامت عليها بينات يمكن الاعتماد عليها أن ألفاظ العقود ما كانت لها قوة انشاء العقود الا لأنها اخبارات عن النفس ، وما يجول بها من معان ، وما تنفعل به من رغبات ، وما يختفى فى ثناياها من نيات ، فلابد اذن لصحتها من مطابقة خبرها لحقيقته ، فاذا لم تكن الأخبار مطابقة للنيات والأغراض كانت أخبارا كاذبة ، فتفقد ما نيط بها من تكوين العقد ؛ واذن فالألفاظ اذا لم تكن متطابقة مع النية والمقصد ومرمى العاقد من العقد لا ينشأ منها عقد ، ولا يناط بها حكم .

١٣٢ — والنيات تتلمس و يبحث عنها اذا وجدت أمارات لها كما أشرنا من قبل ، وقد فصل ابن القيم ذلك الرأى تفصيلا محكما نذكره للقارىء ، وها هوذا :

« المتكلم بصيغ العقود اما أن يكون قاصدا للتكلم بها ، أولا ، فان لم يقصد التكلم بها كالنائم والمجنون والمغلوب على عقله لم يترتب عليها شىء ؛ لأن أقوال هؤلاء كلها هدر ، كما دل على ذلك الكتاب، والسنة ، والميزان ، وأقوال الصحابة ، وان كان

قاصدا للتكلم بها ، فاما أن يكون عالما بغاياتها متصورا لها ، أو لا يدرى معانيها البتة ، بل هى عنده كأصوات ينعق بها ، فان لم يكن عالما بمعناها ، ولا متصورا له ، لم تترتب عليه أحكامها أيضا ، ولا نزاع بين الأئمة فى ذلك ، وان كان متصورا لمعانيها ، عالما بمدلولها ، فاما أن يكون قاصدا لها أو لا ، فان كان قاصدا لها ترتبت أحكامها فى حقه ولزمته ، وان لم يكن قاصدا لها ، فاما أن يقصد خلافها أو لا يقصد معناها ولا غير معناها ، فان لم يقصد غير التكلم بها فهو الهازل ، وان قصد غير معناها ، فاما أن يقصد ما يجوز له قصده أولا ، فان قصد ما يجوز له قصده ، ولم يكن حكمَ العقد الذى تدل عليه هذه الصيغة — لم تلزم أحكام هذه الصيغ بينه وبين الله تعالى فى كل حال . وأما فى القضاء ، فان اقترن بكلامه قرينة تدل على ذلك لم يلزمه أيضا ؛ لأن السياق والقرينة بينة تدل على صدقه ، وان لم يقترن بكلامه قرينة أصلا ، وادعى ذلك دعوى مجردة لم تقبل منه ، وان قصد بها ما لا يجوز قصده كالتكلم بنكحت وتزوجت لا يقصد عشرة زوجيــة غير مؤقتة ، بل يقصد تحليلها لمطلقها الثلاث ، و بعت واشتريت يقصد الربا وما أشبه ذلك ، فهذا لا يحصل له مقصوده الذى قصده ، وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة اليه ، فان فى تحصيل مقصوده تنفيذا للمحرم ، واسقاطا للواجب ، واعانة على معصية الله ، ومناقضة شرعه ، واعانته على ذلك إعانة على الإثم والعدوان . ولا فرق بين اعانته على ذلك بالطريق التى وضعت مفضية الى الاثم بذاتها كالربا الصريح ، و بين اعانته عليه بالطريق التى وضعت مفضية الى غيره ، واتخذها هو ذريعة ، كمن يعقد عقد شراء ليكون ذريعة للربا ؛ فالمقصود اذا كان واحدا لم يكن اختلاف الطرق الموصلة اليه موجبا لاختلاف حكمه ، فيحرم من طريق ، و يحل بعينه من طريق أخرى ، فان الطرق وسائل ، وهى مقصودة لغيرها ، فأى فرق بين التوسل الى الحرام بطريق الاحتيال والمكر والخداع ، والتوسل اليه بطريق المجاهرة التى يوافق فيها السر الاعلان ، والظاهر الباطن ، والقصد اللفظ ، بل سالك هذه الطريقة قد تــكون عاقبته أسلم ، وخطره أقل من سالك تلك ، كما أن سالك طريق الخداع والمكر

عند الناس أمقت ، وفى قلوبهم أوضع ، وهم عنه أشـد نفرة ممن أتى الأمر على وجهه ، ودخله من بابه » (١) .

هذا ما ذكره ابن القيم لبيان مذهب الذين يأخذون بمقاصد العاقدين ، دون الألفاظ المجردة وخلاصته تنحصر فى ثلاثة أمور (أحدها) أن العاقد إن توافق مقصده مع ما تدل عليه فى الشريعة الصيغة التى ذكرها معبرا بها ؛ ليتكون العقد منها ، وفى هذه الحال تلزم العاقد كل أحكام العقد بلا مراء ، ولا اختلاف نظر ، (ثانيها) أن العاقد إن قصد غير ما تدل عليه عبارة العقد ، ولـكن تلك النية بقيت مستكنة فى النفس ، ولم تبرز فى الوجود بقرائن تـكشف عنها الغطاء . ففى هذه الحالة يدين بنيته أمام الله ، وأما فى القضاء فهو ملزم بأحكام العقد التى تؤخذ من ظاهر القول ، (ثالثها) أن العاقد إن قصد غير ما تدل عليه عبارته ، ووجدت قرينة تعلن مستور هذه النية ، وتـكشف عنهـا الغطاء ، ولم يكن مقصوده أمرا تحرمه الشريعة ، بل تبيحه وتجوزه ، ففى هـذه يعامل بما نوى وقصد أمام الله والقضاء ؛ كمن يعقد عقد كفالة ويشترط براءة الأصيل ، ففى هذه الحال يكون عقد الـكفالة عقد حوالة ؛ لأن النية التى أيدتها قرينة لفظية أو حالية أمر معتبر فى القضاء ؛ إذ قامت عليه البينة ، وشهدت له القرينـة . وأما إذا كان ما نواه أمراً لم يبحه الشارع كمن قصد بالشراء الربا على ماسنبين ، وقامت القرائن على ما قصد ، فقصده رد عليه ، ويفسد عقده ، ولا يصح ، ولا تترتب عليه أحـكام العقد الصحيح .

§ ١٣٣ — قد بينا المذهبين اللذين يؤخذان من مجموع فروع المـذاهب المختلفة وأصولها بالنسبة لمقاصد العاقدين بجوار الألفاظ التى تعقد بهـا العقود ، ونريد هنا أن نذكر ما تميل اليه طريقة الحنفية . يظهر لى ، وكما تفيد الفروع المختلفة فى مذهب أبى حنيفة وأصحابه رضى الله عنهم أن هذا المذهب يميل فى جملته

---

(١) منقول بتصرف وتوضيح قليل من أعلام الموقعين الجزء الثالث ص ١٠٦ ، ١٠٧ ، ١٠٨ .

إلى طريقة الشافعى ، وهى الأخذ بظواهر عبارات العقود من غير تحر وتتبع للنيات الخفية ، والارادات المستكنة ، سواء أدلت عليها قرائن أم لم تدل .

١ — فتراهم يقولون فيمن تزوج امرأة ليحلها لزوجها الأول الذى طلقها ثلاثا ، ونوى ذلك هو والمرأة ، ولم يشيرا اليه فى العقد ، ولم يشترطا ذلك فيه : إن النكاح صحيح ، وتحل لزوجها الأول إن طلقها بعد الدخول ، وانتهاء العدة ، بل إن العاقدين لو اشترطا فى عقد الزواج صراحة أن الغرض من الزواج أن تحل للزوج الأول ، قال أبو حنيفة إن النكاح ينعقد مع الكراهة ، والشرط ليس بلازم ؛ لأنه شرط فاسد ، والنكاح لا تفسده الشروط الفاسدة ، وقال الصاحبان إن النكاح يكون غير صحيح ؛ لأنه فى معنى النكاح المؤقت ، ولورود الآثار المستفيضة بأن مثل هذا النوع من النكاح فاسد ، وهو سفاح لا نكاح [1] .

ولا شك أن ذلك كله يدل على أن فقهاء الحنفية لم يأخذوا بالنية والغرض فى هذه الجزئية ، وموطن خلافهم هو حال النص على الغرض فى ضمن القول المنشىء للعقد ، أيعتبر ذلك النص ، أم يلغى ؟ وليس فى اعتباره ، أخذ بالنية أو عدم أخذ بها .

٢ — وتراهم أيضا جوزوا بيع العينة مع أن غرض المتبايعين فيه التحايل على اباحة الربا واجازته واستساغته ، وصورة ذلك البيع أن يتفق اثنان على المداينة بالربا ، ويوسطا فى ذلك عينا فيبيع المقرض للمقترض عينا بأكثر من الدين الذى يريد اقراضه بمقدار الربا الذى يريده ، ويكون الثمن نسيئة ، ثم يبيع المقترض ، وهو المشترى العين لشخص ثالث بمقدار الدين من غير زيادة ، ويتسلم الثمن ، ثم يبيع الثالث العين للدائن ، وهو البائع الأول ، بالثمن الذى أخذها به ، ويتسلم الثمن ، فتنحل المسألة الى أن المقترض قد اقترض الدين وحسب عليه أكثر من قدره بمقدار هو ربا فى الشريعة الاسلامية ، ولو كانوا يأخذون بالنيات والأغراض والمقاصد من غير أن يعنوا بظاهر الألفاظ ، لحكموا بفساده ، نعم ان

---

(١) راجع شرح الزيلعى على متن الكنز الجزء الثانى ص ٢٥٩ .

بعض الفقهاء كرهه ، فالامام محمد كرهه ، وكان يقول : « هـذا البيع فى قلبى كأمثال الجبـال ذميم ، اخترعه أكلة الربا » [١] ولكن ذلك القول الحار من الامام محمد ، لم يمنع من أن المذهب اجازته وتسويغه صحيحا.

نعم ان الحنفية حكموا بفساد بيوع لما فيها من شبهة الربا ، وذلك مثل أن يشترى شخص عينا من الأعيان ، وقبل أن يسلم الثمن يبيعها للبائع بأقل من الثمن الذى اشتراها به ، فقد قالوا ان ذلك البيع فاسد ، ولكن ذلك لا لوجود نية الربا أو عدم وجودها ، بل لأن شبهة الربا [٢] تفسد البيع ، ومن الغريب أنهم قالوا ان هذه الشبهة زائلة فى بيع العينة مع وضوح الغرض ، والربا المقصود .

٣ — وقد قالوا أيضا فى مهر السر ومهر العلانية ان العاقدين فى الزواج ان اتفقا على مهر فى السر ، ولم يصحب ذلك الاتفاق عقد ، ثم جاءوا وعقدوا على مهر فى العلن فالمهر الواجب هو مهر العلانية ؛ لأنه هو الذى اقترن بالعقد ، وثبت به الالتزام [٣] بل انه اذا تعاقد الزوجان على مهر فى حضرة شهود ثم جددا الزواج بمهر أكبر للشهرة ؛ فالمعتبر الثانى عند أبى حنيفة ومحمد ، لأن الزيادة عن المهر الأول زيادة لازمة ، وقال أبو يوسف المعتبر الأول ؛ لأن الثانى ملغى فلا يلتفت اليه ؛ اذ العقد تم بالأول [٤] . وترى من هذا أنهم لم يلتفتوا إلا الى ما تدل عليه ظواهر العبارات فى العقود ، ولم يتتبعوا النيات والمقاصد والأغراض ، ويتعرفوها ، ويبنوا عليها أحكام العقود ؛ ولذا نقول ان

---

(١) راجع ابن عابدين الجزء الرابع .

(٢) ولهم فى توجيه الفساد نظر دقيق ، قد بينه فتح القدير فى الجزء الخامس ص ٢٠٧ ، ٢٠٨ .

(٣) وقد قالوا ان ذلك اذا لم يتفق الزوجان على أن الثـانى كان هزلا أو للسمعة فقط ، فان اتفقوا على ذلك كان الواجب هو مهر السر بتراضيهما ، لأن الثانى هزل أو فى حـكمه ، والهزل يؤثر فى المعاملات المالية .

(٤) راجع فى هـذا فتح القدير الجزء الثـانى ص ٤٢٤ ، ومجمع الأنهر الجزء الأول ص ٣٥٥ .

مذهب الحنفية يقارب مذهب الشافعية فى جعل الأحكام تابعة لما تدل عليه العبارات من غير تقص للمقاصد والنيات .

١٣٤ — وقد يقول قائل إن مذهب الحنفية قد اشتهرت فى فروعه وأصوله قضية تثبت أنه يتجه إلى المقصد والغرض ، وهى تلك القاعدة الذهبية : « العبرة بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى » ونقول إن تلك القضية قد اشتهر بجوارها قضية أخرى أعمق فى معناها ، وأدل على مرماها من تلك ، وهى أقدم نسبة منها ؛ وتلك القضية هى ما جاء فى شرح الجامع الصغير : « المعتبر فى أوامر الله المعنى ، والمعتبر فى أمور العباد الاسم واللفظ » (١) والتوفيق بين هاتين القضيتين نقول إن المراد من المعنى فى القضية الثانية النية والغرض والمرمى الذى لم يقترن بالعقد عبارة تنبىء عنه صراحة ، والمراد بالمعنى فى الأولى المدلول الذى يفهم من العبارات التى أنشىء بها العقد متضامة متلاصقة غير متنافرة بحيث يشترك كل جزء من العبارة فى انتاج ذلك المدلول ، ولذلك يسوق صاحب الأشباه فى تطبيق تلك القضية : « العبرة بالمعنى ، لا باللفظ فى العقود » أن الكفالة إذا اشترط فيها براءة الأصيل تكون حوالة ، وان الحوالة إذا اشترط فيها مطالبة الأصيل تكون كفالة ، وأن الهبة إذا صرح فيها بالعوض عند تكوين العقد تكون بيعا لاهبة وأن نكاح المطلقة البائنة ينعقد من مطلقها بلفظ الرجعة ، وأن الرجعة تتم بلفظ النكاح ، يسوق هذا فى تطبيق تلك القضية ، كما يسوق فى تطبيقها أيضا عقد البيع بلفظ خذ وأخذت ، والاجارة بلفظ هبة المنافع وتمليكها (٢) .

ومن هذا كله يفهم أن المراد من قاعدة العبرة « للمعانى لا للألفاظ والمبانى » هو أنه لا يلتفت فى أحكام العقود الى المدلولات اللغوية أو العرفية مجردة ، بل لا يعنى فى الأحكام إلا بالمدلول الذى تدل عليه جملة العبارات فى العقد ، ويصح أن تكون مرادا للتكلم يدل عليه الكلام صراحة ، ولو عن

---

(١) راجع حاشية الحموى على الأشباه ص ٣٢٠ .

(٢) الأشباه الجزء الأول ص ٣٢٢ .

طريق المجاز لا الحقيقة ، أما الدوافع والمقاصد والغايات والمرامى كأن يريد بالبيع التحايل على الربا أو يراد بالزواج احلالها لمطلقها الثلاث ، وغير ذلك من المقاصد الأولى والغايات الباعثة ، والأغراض الدافعة فذلك ما لا تتعرض له تلك القضية .

والخلاصة أن المذهب الحنفى فيما نعلم تتجه فروعه إلى المنهج الذى يتمسك بلفظية العقود ، لا بالنيات والدوافع — والله سبحانه وتعالى أعلم .

الارادة وآثار العقود

§ ١٣٥ — للارادة التأثير الأول فى ايجاد مجموع الالتزامات التى تنشأ عن العقد عند علماء القانون ، فكما أن إنشاء العقود فى القانون يرجع للارادة الحرة ، كذلك الآثار التى تترتب على العقد تنشئها هذه الارادة ، فالعقد شريعة المتعاقدين فى القانون بالنسبة لآثاره وكل ما اشتمل عليه ، ما لم يكن مشتملا على شىء يخالف النظام العام ، فكل ما ارتضاه العاقد من أحكام يكون صحيحا ، واجب الوفاء ، ولو كان فيه غبن فاحش عليه ، ولا عبرة بالتعادل بين العاقدين فيما يغنمانه ويغرمانه بسبب العقد ، إنما العبرة بكون الالتزامات نشأت عن ارادة حرة لم يلبس عليها بغش أو تدليس ، فاذا توافرت تلك الارادة ثبتت الآثار التى ارتضاها العاقدان (١) .

أما فى الشريعة الاسلامية فالارادة تنشىء العقد فقط ، ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع ، لا من العاقد ، فالعاقد ينشىء العقد فقط ، ولكن لا ينشىء الآثار ، وتأثير ارادته فى تكوين العقد وايجاده ، لا فى اعطاء

---

(١) راجع كتاب نظرية العقد للأستاذ الكبير الدكتور السنهورى بك ، وقد جاء فى هامش صفحة ١٠١ ما نصه « قد لخص ديموج نتائج نظرية سلطان الارادة فى ست : (أولا) التعاقد ونوعه حر فى حدود النظام العام . (ثانيا) أثر الالتزام هو ما أراده المتعاقدان . (ثالثا) العبرة بالارادة الباطنة ، لا بالارادة الظاهرة . (رابعا) يفسر القاضى العقد طبقا لنية المتعاقدين الصريحة والضمنية . (خامسا) لا يجوز تعديل الالتزام الا بارادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية . (سادسا) لا ينقضى الالتزام الا بارادة العاقدين .

أحكامه وآثاره ، وعلى ذلك تكون مقتضيات العقود كلها من أعمال الشارع ، لا من أعمال العاقد ؛ ولذا يقول الفقهاء عن العقود انها أسباب جعلية شرعية ، وليست بأسباب طبعية ، ويعنون بذلك أن تسبيب العقود لآثارها ليست باعتبار ما اشتملت عليه من عبارة تدل على ارادة حرة فقط ، بل لذلك ، ولأن الشارع جعل الأحكام الشرعية مترتبة على العقود ، فافادة البيع نقل الملكية من البائع الى المشترى ، واستحقاق البائع للثمن ، وغير ذلك من الأحكام ليس ذلك من ذات الايجاب والقبول وما وراءهما من ارادة العاقدين ورضاهما وتوافق رغباتهما فقط ، ولكن لهذا ، ولأن الشارع جعل ذلك العقد طريقا لثبوت هذه الآثار ، وتلك الأحكام ، وذلك بأمرين :

(أولهما) اذن عام من الشرع بجعل الرضا طريقا لانشاء الحقوق والواجبات ، وانتقالها ، وذلك فى الأصل العام فى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » فالله سبحانه وتعالى جعل الأملاك باقية فى سلطان أصحابها ، لا تنتقل منهم الى غيرهم إلا بالتراضى ، فكان ذلك اذنا عاما بجعل الرضا أساسا فى العقود والالتزامات ، وكان ما يترتب على العقود من آثار وأحكام ، انما هو مستمد من ذلك التقرير — الذى جعل الرضا أساسا للعقود المالية[1] — ثم أوجب الوفاء بالعقود ، وتنفيذ أحكامها فى قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » فبهذين النصين الكريمين العامين ، قد جعل الشارع للعقود آثارا والتزامات تنشأ عنها ، وأسسا تقوم عليها ، فهى بهذا كانت أسبابا فى الالتزام بجعلها الشارع كذلك ؛ واذا كان ذلك الجعل يتفق مع قضايا العقول ، فلأن كل ما فى الشرع يتفق مع ما ينتجه العقل السليم .

---

(١) جاء فى تهذيب الفروق ما نصه « ان الله سبحانه وتعالى تفضل على عباده ، فجعل كل واحد من حق الله تعالى وحق الآدميين موكولا لما هو منسوب له ثبوتا واسقاطا ، فما هو حق لله تعالى صرف لا يتمكن العباد من إسقاطه والابراء منه ، وما هو حق للآدميين بتسويغه وتمليكه وتفضله لاينتقل الملك فيه الا برضاهم ، ولا يصح الابراء منه الا باسقاطهم ...» الجزء الأول ص ١٩٧ هامش .

(ثانيهما) ان الشارع جعل لكل عقد من العقود الشرعية أثرا له يثبت اذا توافرت أركانه، وتحققت شروطه، وليس للعاقد أن يفر من أحكام العقد بعد انعقاده، إلا إذا تنزل الطرف الثانى عن حقه فى التمسك بها، وتراضيا على فك عقدته، والتخلص من التزاماته؛ واذا كان لكل عقد شرعى آثاره الخاصة، ومقتضاه الذى قرره الشارع له، سواء أراده العاقد أم لا، فليس للعاقد أن يتخلص من ذلك المقتضى بشرط يشترطه، قبل العقد أو فى أثنائه ما لم يرد اذن من الشارع بذلك، واقرار منه له، سواء أكان ذلك اذنا عاما شاملا أم اذنا خاصا باقرار ذلك الشرط بعينه، وكذلك ليس له أن يزيد على المقتضى إلا باذن من الشارع.

١٣٦ — وقضية أن آثار العقود لا تكون إلا بحكم الشارع، وأن مقتضياتها وأحكامها انمـا يرتبها الشارع، وأن الانسان عمله فى عقد العقد فقط، وليس عمله فى ترتيب أحكامه — قضية صرحت كتب الفقه بهـا، فبينتها كتب الأصول، وذكرتها كتب الفروع، معللة بها الجزئيات الخاصة للأحكام المختلفة، وقد جاء فى كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام البزدوى ما نصه: «ان العلل الشرعية غير موجبة [1] بأنفسها، فان هذه العلل كانت موجودة قبل ورود الشرع، ولم تكن موجبة لهذه الأحكام .. وانما الموجب للأحكام هو الله تعالى، إذ له ولاية الايجاب، وهو قادر على أن يشرع الأحكام بلا علل، ولكن إيجابه لما كان غنيا عن العباد، وهم عاجزون عن دركه شرع العلل التى يمكن لهم الوقوف عليهـا موجبات للأحكام فى حق العمل، ونسب الوجوب اليهـا فيما بين العباد تيسيرا، فصارت العلل موجبة فى الظاهر، بجعل الله تعالى اياها كذلك، أى موجبة لا بأنفسها، وفى حق صاحب الشرع أعلام خالصة للعباد على الايجاب [2]». ومن هـذا

(١) المراد من موجبة مثبتة، ويدخل فى العلل الشرعية العقود؛ ولذا جاء فى الكتاب قبل ذلك عند تعريف العـلة: «ويدخل فى هذا الحد العلل الوضعية التى جعلها الشرع عللا، كالبيع للملك، والنكاح للحل».

(٢) راجع كشف الأسرار الجزء الرابع ص ١٢٩١، ١٢٩٢، وقد جاء فى الجزء الثانى منه ص ٦٧٨ فى بيان السبب فى أن الشارع ناط بعقود المعاملات أحكامها ما ملخصه: =

النص يفهم أن العقود ، وهى داخلة فى عموم العلل الشرعية ، كما دل على ذلك السياق من قبل ومن بعد ، لا تثبت أحكامها بارادة العاقدين ، بل بحكم الشارع وترتيب تلك الآثار عليها .

وهذه القضية تجرى على أقلام كتاب الفقه على اختلاف مذاهبهم ومناحى اجتهادهم ، وليس هذا عند الحنفية وحدهم ، فالغزالى يقرر أن الله جعل لحل الأموال أسبابا ظاهرة من بيع وغيره ، ويبين أن نصب هذه الأسباب أسبابا ، وجعلها علامات انما هو بحكم الشارع ، فالشارع هو الذى شرعها ، وهو الذى أعطاها أحكامها ، وناط بها آثارها (١) .

ومثل ذلك جاء فى الموافقات للشاطبى (٢) والفتاوى لابن تيمية (٣) .

§ ١٣٧ — وقد يقول قائل ان العقود اختيارية رضائية ، وأساس الاختيار والرضا أن يكون للعاقد اختيار حر لآثار العقد وأحكامه ، فاذا جعلت الشريعة الاسلامية آثار العقود من اختصاص الشارع لا من عمل العاقد ، كان فى ذلك هدم لأصل الاختيار أو الرضا ؛ وقد أجاب عن هذا القول الشاطبى وغيره بأن

= « سبب شرعية المعاملات تعلق البقاء المقدور بمباشرتها .... وبيانه ماذكره المشايخ الثلاثه القاضى الامام أبو زيد وشمس الأئمة وفخر الاسلام البزدوى رحمهم الله ان الله تعالى خلق هذا العالم ، وقدر بقاءه الى قيام الساعة ، وهذا البقاء إنما يكون ببقاء الجنس ، وبقاء النفس ، فبقاء الجنس بالتناسل ، فشرع له طريقا يتأدى به ما قدر الله عز وجل من غير أن يتصل به فساد ولا ضياع ، وهو طريق الازدواج بلا شركة ، فان فى التغالب فسادا ، وفى الشركة ضياعا ؛ فان الأب متى اشتبه يتعذر ايجاب المئونة عليه ، وليس للأم قوة كسب الكفايات فى أصل الجبلة — وكذلك لا طريق لبقاء النفس الى أجلها من غير اصابة الناس المال بعضهم من بعض . وما تحتاج اليه كل نفس لكفايتها لا يكون حاصلا فى يدها ، وانما تتمكن من تحصيله بالمال ؛ فشرع سبب اكتساب المال ، وسبب اكتساب ما فيه كفاية لكل أحد وهو التجارة عن تراض ، لما فى التغالب من الفساد ، والله لا يحب الفساد » .

(١) راجع المستصفى الجزء الأول ص ٩٣ .

(٢) راجع الموافقات الجزء الأول ص ١٣١ وما يليها .

(٣) راجع فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٣٦ .

موضع الاختيار والرضا فى ايقاع الأسباب بانشاء العقود ، وإن ذلك مدى واسع للرضا ، وليس بالمدى القصير الضيق ، أما الآثار والأحكام فبترتيب الشارع حفظا للعدل بين الخلق ، وصونا للمعاملات عن دواعى الفساد ، ومنعا للغرر فى الصفقات ، وحسما لمادة الخلاف بين الناس .

ولا عجب فى أن يكون السبب اختياريا رضائيا من كل الوجوه ، والمسبب ليس بارادة الشخص فقط . فان ذلك جار كثيرا فى أمور الحياة ، كمن يغشى امرأته مختارا مريدا راغبا مشتهيا ، وهو كاره لأن يكون له منها ولد ، مع علمه بأن هذا يكون من ذلك كثيرا ، وكمن يلقى البذر فى الأرض ، والانبات ليس من عمله بل من عمل الرب ، ومع ذلك لم ينف هذا أن القاء البذر اختيارى رضائى من كل الوجوه ، واذا كان ذلك واضحا سائغا بالنسبة للأمور الحسية ، فهو كذلك فى الأمور المعنوية والقولية ، وعلى ذلك يكون معقولا وسائغا أن تكون العقود الشرعية رضائية اختيارية فى كونها ، وآثارها من عمل الشارع الحكيم (١) .

هذا هو الأصل العام ، ولكن من الفقهاء من أوجب الوفاء بكل شروط المتعاقدين غير الثابت تحريمها ، ولا شك أن هذا ناشىء عن عدم تشدد فى الأخذ بذلك الأصل ، وان لم تكن مخالفة لأذن الشارع فى نظر هؤلاء .

١٣٨ — واذا كانت هذه القاعدة يقررها الفقهاء عامة ويذكرونها فى أصولهم ، فان الحق والانصاف يوجبان علينا أن نقول انهم جميعا ليسوا سواء فى التشديد فيها بالنسبة للعقود المالية الخالصة ، فانهم جميعا ، وان اتفقوا فى التشديد فى جعل آثار عقود الأنكحة من عمل الشارع مع احترام الشروط عند البعض ، قد اختلفوا تشديدا وتسهيلا بالنسبة للعقود المالية ، فنرى بعض الفقهاء كابن تيمية مع انه ممن يقررون تلك القاعدة (٢) ، يفهم من كلامه أنه يجعل لارادة العاقد فى العقود المالية

---

(١) راجع الموافقات للشاطبى الجزء الأول ص ١٥١ .

(٢) فهو يقول تقريرا لقاعدة أن آثار العقود من الشارع : «ان الأحكام الثابتة بأفعالنا ، كالملك الثابت بالبيع ، وملك البضع الثابت بالنكاح ، نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام ، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا » .

سلطانا ؛ وذلك بتغليب القاعدة العامة التى وردت بها الشريعة المحكمة ، وهى وجوب الوفاء بالعقود ؛ وذلك بأن يؤخذ الشخص بكل ما تعهد به فى العقد ، و بكل ما التزمه ، ولا شك أن فى ذلك تقريرا لسلطان الارادة فى ايجاد الالتزامات الناشئة بالعقد ؛ وفوق ذلك فهناك القاعدة العامة الثانية التى قررها الشرع باطلاقها المحكم ، وهى الاذن العام بجعل الرضا سببا لنقل الحقوق واسقاطها ، وفى الأخذ بهذه باطلاقها تقرير لسلطان الارادة فى الالتزامات الناشئة بالعقود .

وفى الحق اننا ان أخذنا بتلك القواعد مجتمعة قاعدة الوفاء ، وقاعدة جعل الرضا سببا لنقل الحق واسقاطه ، وقاعدة أن الشارع هو المرتب للحقوق فى العقود يتكون من المزج بينها أن العقود تتكون التزاماتها بارادة العاقد ، ولكن ذلك باعطاء الشارع ذلك الحكم لها ، و بما ألزم به المكلف من وجوب الوفاء بالعقود ، وعدم خفر العهود وذلك ما يفيده كلام أبن تيمية . فقد جاء فى كتابه العقود والشروط ما خلاصته : « إن العقود انما وجب الوفاء بها لايجاب الشارع الوفاء بها مطلقا ، الا ما خصه الدليل ؛ على أن الوفاء بها من الواجبات التى اتفقت عليها الملل والعقلاء جميعهم ، وأدخلها فى الواجبات العقلية من قال بالوجوب العقلى(١) ... والأصل فى العقود رضا المتعاقدين ، ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد ؛ لأن الله تعالى قال فى كتابه : « الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وقال : « فان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا » فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه ؛ فدل على أنه سبب له ، وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب ؛ فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم ، و إذا كان طيب النفس هو المبيح للصداق ، فكذلك سائر التبرعات قياسا بالعلة المنصوصة التى دل عليها القرآن ، وكذلك قوله تعالى « الا أن تكون تجارة عن تراض منكم» لم يشترط فى التجارة الا التراضى ، وذلك يقتضى أن التراضى هو المبيح للتجارة . و إذا كان كذلك التبرع والتجارة ، فاذا تراضى المتعاقدان ، أو طابت

(١) القائلون بالوجوب العقلى المعتزلة من علماء الكلام . أما الفقهاء عامة فيرون أنه لاوجوب الا حيث يوجب الشارع .

نفس المتبرع بتبرع ثبت حله »[1] وترى من هذه العبارات ما يفيد أن الرضا له سلطان قوى فى أحكام العقود وآثارها ، وإن كان ذلك السلطان مستمدا باذن عام من الشارع الخبير بمصالح الناس .

ولكن إذا كان ذلك نظر ابن تيمية وبعض الحنابلة وبعض المالكية ، فليس هو نظر عامة أهل الفقه ؛ لأن عامة الفقهاء يذكرون أحكاما خاصة . لكل عقد ، ويبينون أنها مقتضاه ويعرضون شروط العاقدين على ذلك المقتضى الذى يقولون أنه بتقرير الشارع ، فما وافقه أقروه ، وما لم يوافقه كان موضع نظر ونقاش ، ولو أننا أخذنا بنظرية سلطان الرضا فى أحكام العقود ، لكان كل شرط صحيحا لازم الوفاء ، مادام لم يخالف أمراً مقرراً فى الشرع ، أو نصا محفوظا ، أو خبرا مأثورا ، أو قاعدة مقررة مشهورة [2] .

§ ١٣٩ — ولو أردنا أن نحكم على صلاحية تلك الفكرة للبقاء واتصالها بأصول الشرع ومصادره لحكمنا بأن يؤخذ بها جملة من غير تردد فى النكاح ؛ فان الأسرة لمكانها من الحرمة ، ولما يجب لها من الصيانة ، ولما تستلزمه من القرار والثبات كان الواجب أن يتولى الشارع آثار العقد فيها ، ويرتب الأحكام التى تنشأ عنه ، وان ذلك يدعو اليه الاجتماع ؛ فان الأسرة يجب أن تقوم على دعائم من القرار والثبات ، ولا يصح أن تسيطر فيها الرغبات ، ومن ورائها الشهوات والأهواء الهادمة لنظامها ، الناقضة لبنيانها ، المقوضة لأركانها ، وان الأهواء اذا تحكمت فى العلاقة الزوجية ، وجعلت واجبة الوفاء اذا اشترطت فى عقد الزواج [3] ، صارت الزيجات فى البلاد الشرقية كتلك العقود التى تسمى

(١) الفتاوى الجزء الثالث ص ٢٣٩ .

(٢) سنبين ذلك فى موضعه عند الكلام على الشروط التى يشترطها العاقد ، وأثرها فى العقود ، ولزوم الوفاء بها .

(١) اذا جعلنا لارادة العاقدين فى الزواج سلطانا فى آثاره ، واشترطت فتاة قاهرية ألا تقيم إلا فى القاهرة ، ولو كان عمل زوجها فى أقصى الصعيد لكان ذلك الشرط واجب الوفاء ، وأى زواج ذلك الذى يكون أحد الزوجين مقيما فى أقصى البلاد ، والآخر فى أدناها !! وأى =

زواجا مدنيـا ، وتـكثر فى أمريكا وأوروبا ، ويطغى سيلها فى المدن اللاهية اللاعبة ، تبرم لسانحة خاطفة ، وتنقض لمثلها ، فلا أسرة أقيمت ، ولا بيت تكون ولا ذرية أنبتتها الرعاية الأبوية نباتا حسنا ، وما أشـبه ذلك الذى يسمى زواجا مدنيا باتخاذ الأخدان فى الجاهلية الأولى ، غير أن هذا فاحشة تتزوى استحياء ، وذلك فاحشة تعلن للأشهاد ، وتسير رافعة رأسها بين العباد .

هـذا بالنسبة للزواج ، أما بالنسبة للعقود المالية ، فالذى نراه أنه يجب أن يكون لارادة العاقدين سلطان فى تـكوين آثارها ، لأنه لاخطر فى جعل هـذا السلطان للارادة ما دام لم يخالف أمراً مقرراً فى الشريعة ثبت بقياس ، أو أثر مشهور ، أو نص قطعى ، فان الله سبحانه وتعالى قد أمر بالوفاء بالعقود والعهود ، ولا شـك أن الوفاء بهـا تنفيذ لآثارها . والعدالة توجب أن يكون للشخص سلطان فيا ينفذه بمقتضى تعهده ، وبمقتضى العقدة التى عقدها ، وفرق بين النـكاح والعقود المالية ، فان الأبضاع الأصل فيها الحرمة ، وتحليلها يكون بتحليل الشارع الصريح ، فـكان لا بد من أن يكون السلطان فى آثار النـكاح للشارع نفسه . أما المعاملات المالية فهى من الأمور التى تسمى فى لسان الفقهاء الأمور العادية ، والأصل فى هذه الأمور الحل حتى يقوم الدليـل على الحرمة ، ولا شك أن الارادة فى الأمور التى تـكون من هذه القبيل لهـا الشأن الأول بمقتضى الاذن العام فى جعل الرضا أساسا لنقل الحقوق واسقاطها .

حرية التعاقد وما يجب الوفاء به

§ ١٤٠ — نقصد بحرية التعاقد اطلاق الحرية للناس فى أن يعقدوا من العقود مايرون ، وبالشروط التى يشترطون غير مقيدين إلا بقيد واحـد ، وهو ألا تشتمل عقودهم على أمور قد نهى عنها الشارع ، وحرمها كأن يشتمل العقد على ربا ، أو نحوه مما حرمه الشرع الاسـلامى ، فما لم تشتمل تلك العقود

= بيت يتكون من هذين الغريبين ! ! ، وأى رعاية تكون لثمرة هذا الزواج ! ! ولأجل هذا لا نستطيع أن نأخذ برأى الامام احمد بن حنبل فى وجوب الوفاء بكل شروط الزوجين .

على أمر محرم بنص أو بمقتضى القواعد العامة المقرر التى ترتفع إلى درجة القطع واليقين ، فان الوفاء بها لازم ، والعاقد مأخوذ بما تعهد به ، وان اشتملت العقود على أمر حرمه الشارع فهى فاسدة ، أو على الأقل لا يجب الوفاء بالجزء المحرم منها .

وان حرية التعاقد بهذا المعنى ليست أمرا متفقا عليه بين فقهاء المسلمين ، بل هى موضع خلاف طويل ، وان الأكثرية منهم لا يطلقون تلك الحرية اطلاقا ، والقلة منهم هم الذين يطلقونها ، ويفتحون أبوابها على مصاريعها ، وذلك الخلاف مبناه الخلاف فى التشديد والتساهل فى جعل آثار العقود من عمل الشارع ، فقد قال الذين شددوا فى جعل كل آثار العقود من الشارع ، ان الأصل فى العقود المنع ، حتى يقوم الدليل على الاباحة ، ومع الاباحة وجوب الوفاء ، والذين تساهلوا وجعلوا لارادة العاقدين سلطانا فى آثار العقود بمقتضى الاذن من الشارع بجعل الرضا ذا أثر فى العقود ، جعلوا الأصل فى العقود الاباحة ووجوب الوفاء بها ، حتى يقوم الدليل على المنع والتحريم .

وعلى القول الأول نكون مقيدين بعدد العقود التى تذكرها الكتب ، ووردت بها الآثار ، ودلت عليها المصادر الشرعية ، والأدلة الفقهية ، فما لم يقم عليه الدليل فهو ممنوع ، والوفاء به غير لازم ، لأنه لا التزام إلا بما ألزم به الشرع ، فما لم يرد دليل على وجوب الوفاء فلا وفاء ، فليس للناس اذن على هذا القول أن يعقدوا ما شاءوا من العقود ، إلا اذا وجد من الأدلة الفقهية ما يدل عليه ، ويوجب الوفاء به . أما القول الثاني فبمقتضاه يكون الناس أحرارا فى أن يعقدوا ما شاءوا من العقود ، ويشترطوا من الشروط ما يرون فيه مصلحتهم ، إلا اذا قام الدليل على المنع ، فعندئذ لا يجب الوفاء .

§ ١٤١ — وقد استدل الذين أخذوا بالقول الأول (١) بأن الشريعة قد رسمت حدودا ، وأقامت معالم لرفع الحق ، ولتسود المعاملة العادلة بين الناس بلا شطط ، ولم تترك أمر الناس فرطا بلا ضوابط ولا حدود ، ولا قيود تمنع الظلم والغرر والجهالة المفضية الى النزاع ، وكل عقد لم يرد به دليل مثبت له من الشرع ،

أو لا يعتمد على أصوله الثابتة بلا ريب فى ثبوتهـا فهو تعد لحدود الشريعة ، وما يكون فيه تعد لحدودها لا تقره ، ولا توجب الوفاء به . وأيضا فان وجوب الوفاء الزام من الشارع الحكيم ، ولا يصح أن نفتى فى أمر وندعى أن الشارع ألزم به ، الا اذا ورد فى مصادر الشريعة وأصولها ما يدل على الالزام ووجوب الوفاء . ومن ألزم فى الشريعة الوفاء بأمر لم يرد فى مصادرها ما يوجب الوفاء به فقد حرم حلالا ، وأحل حراما ، وذلك افتراء على الله بالـكذب ، وفعل أهل الجاهلية الذين كانوا يحرمون ، ويحلون من غير علم من الشرع ولا سلطان مبين .

(٢) وقد استدل أيضا لهذا القول بقول الرسول صلى الله عليه وسـلم « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقـده الانسان والتزمه الا ماصح أن يكون عقدا جاء النص بالالزام به باسمه ، أو باباحة التزامه [١] ، وأيضا فقد ورد أن رسول الله صلى الله عليه وسـلم وقف خطيبا ، فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ، ثم قال : « أما بعد ، فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله ، ما كان من شرط [٢] ليس فى كتاب الله فهو باطل ، ولو كان مائة شرط ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق » وإذا كان كل شرط يشترط ، ولم يرد به نص باطلا ، فبالأولى كل عقد يعقده العاقدان ، ولم يعلم من مصادر الشريعة أنها تقره ، وتلزم بالوفاء به .

وقد استدل الذين يرون أن الأصـل فى العقود الاباحة لا المنع ، وأن كل عقد واجب الوفاء الا ما قام الدليل على منعه (١) بما ورد فى القرآن الـكريم من وجوب الوفاء بالعقود من غير تعيين ، فـكل ما يصدق عليه أنه عقد ، فهو واجب الوفاء بمقتضى نص القرآن ، ولقد أثبت القرآن أن كل تجارة يوجد فيهـا الرضا فهى مباحة تثبت لـكلا العاقدين حقوقا مالية ، فكل ما يطلق عليه اسم التجارة

---

(١) راجع الاحكام فى أصول الأحكام لابن حزم الجزء الخامس ص ٣٢ .

(٢) يفسر المخـالفون الشرط الذى ليس فى كتاب الله بالشرط الذى يخـالف نصا فى الـكتاب .

من العقود يجب الوفاء بما يشتمل عليه من التزام ، بالنص ، وكل ما يشبه التجارة واجب الوفاء أيضا بمقتضى القياس عليها ما دام قد تحقق مناط الجواز ، وهو الرضا ؛ لأنه علة الوفاء ، والمعنى الذى من أجله كان الالزام والالتزام فى العقود . وآيات القرآن الكريم الواردة فى وجوب الوفاء بالعهود كثيرة متضافرة فى المعنى ، ومبينة أن الغدر ليس من الاسلام ونقيض أخلاقه وخروج عن مبادئه ، وليس العقد بين العاقدين الا عهدا قد قيدت بأحكامه ذمتهما ، وهو غل فى أعناقهما ، فالوفاء به ، وتنفيذ موجباته من نوع الوفاء بالعهد ، والامتناع عن تنفيذ ما اشتمل عليه خيس فى العهد لا يتفق مع مبادىء الأخلاق التى يدعو اليها الدين ، ومع احترام العهود الذى يلزم به . وكيف لا يكون الوفاء فى العقود مطلوبا ؟!! والآثار متضافرة عن الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، توجب الوفاء بالعهد ، وعدم خفر الذمة ، وتقبيح الغدر ، وليس الامتناع عن تنفيذ ما أوجبه العاقد على نفسه كيفما كان عقده ، ومهما يكن وصفه ، وموضوعه إلا من باب الغدر ، فالوفاء بكل عقد واجب ، ولو لم يرد به نص ، ما دام لم يشتمل على أمر حرمه الشارع ونهى عنه [(١)] .

(٢) وقد استدل أيضا لاثبات أن الأصل فى العقود وجوب الوفاء بها إلا ما قام الدليل على ضد ذلك بأن العقود من الأفعال التى تسمى فى لسان الفقهاء بالعادات ، وليست من العبادات ، والعادات ينظر فيها إلى عللها [(٢)] ومعانيها

---

(١) راجع رسالة العقود والشروط لابن تيمية الجزء الثالث من الفتاوى ص ٣٣٣ ، ٣٣٤ ، ٣٣٥ .

(٢) عقد الشاطبى فصلا فى الموافقات يثبت فيه أن الأمور التى تعتبر من العادات لا من العبادات يتجه فيها الى المعانى والعلل ؟ ويتوسع فيها ، ولا يقف المكلف عند النص ، بل يثبت الحكم فى كل ما تتحقق فيه علته ، ويثبت مناطه ، ولنقتبس منه قبسة تضىء الموضوع ، فقد قال : « ان الأصل فى العادات الالتفات إلى المعانى لأمور : (أولها) الاستقراء ؛ فانا وجدنا الشارع قاصدا لمصالح العباد ، والأحكام العادية تدور معه حيثما دار ؛ فترى الشىء الواحد يمنع فى حال لا تكون فيه مصلحة ؛ فاذا كان فيه مصلحة جاز كالدرهم بالدرهم الى أجل يمتنع فى البيع ، ويجوز فى القرض ، يمتنع حيث يكون ربا ، ويجوز اذا كان فيه مصلحة راجحة ولم نجد هذا فى باب العبادات مفهوما كما فهمناه فى العادات .... (والثانى) أن الشارع توسع فى بيان =

لا إلى النصوص والآثار ، فليست عبادة يتعبد بهـا ، بل أحكامها معللة بمصالح الناس ، واقامة العدل بينهم ، ودفع الفساد ، فلا يقف المكلف عند النص ، بل كل ما تتحقق فيه العلة يتعدى اليه الحكم ، وقد ناط الشـارع الحكيم نقل الحقوق واسقاطها بالرضا ، فكل عقد يتحقق فيه الرضا ، وفيه نقل حق أو اسقاط حق ، فهو واجب الوفاء ، ولو لم يرد به نص صريح مبيح ، ملزم الوفاء به ، لتحقق العلة فيه .

(٣) ومما يستدل به لهذا الرأى أيضا أن كثرة الفقهاء ، أو أن كثرة أصحاب المذاهب المشهور يقررون أن الأصل فى الأشياء والمعاملات العادية ، وما لا يتعلق بالأبضاع الحل لا الحرمة [١] ، ولا شك أن عقود المعـاملات المالية من ذلك الصنف ، فكان الأصل فى الاقدام عليها الاباحة ، فمباح للشخص بمقتضى ذلك الأصل أن يباشر من العقود ما يرى فيه مصلحته ، وما يحقق رغبته ، واذا كانت العقود كلها مباحة للشخص ، ولو لم ينص عليها ، ولم ترد فى المصادر الفقهية ،

= العلل والحكم فى تصريع باب العادات ، كما تقدم تمثيله ، وأكثر ماعلل فيها بالوصف المناسب الذى اذا عرض للعقول تلقته بالقبول ، ففهمنا من ذلك أن الشارع قصد فيهـا إتباع المعانى ، لا الوقوف مع النصوص ، بخلاف باب العبادات ؛ فان المعلوم فيه خلاف ذلك ، وقد توسع فى هذا القسم مالك رحمه الله ، حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة ، وقال فيه بالاستحسان ، ونقل عنه أنه تسعة أعشار العلم .

(والثالث) أن الالتفات الى المعـانى قد كان معلوما فى الفترات التى لم يكن فيها رسل ، واعتمد عليه العقلاء ، حتى جرت بذلك مصـالحهم ، وأعملوا كلياتها على الجملة ، فاطردت لهم سواء فى ذلك أهل الحكمة الفلسفية وغيرهم ، الا أنهم قصروا فى جملة من التفاصـيل ، فجاءت الشريعة لتتم مكارم الأخلاق ، فدل هذا على أن المشروعات فى هذا الباب جاءت متممة لجريان التفاصيل فى العادات على أصول المعهودات . ومن ههنا أقرت هذه الشريعة جملة من الأحكام التى جرت فى الجاهلية ، كالدية والقسامة . . . والقراض . . وأشباه ذلك مما كان عند أهل الجاهلية محمودا وما كان عندهم من محاسن العادات ومكارم الأخلاق التى تقبلها العقول ، وهى كثيرة » اه المراد .

راجع الموافقات الجزء الثانى ص ٢١٤ .

(١) فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث فصل العقود والشروط ص ٣٣٤ .

فالوفاء بها لازم ؛ لوجود الاذن العام بجعل الرضا أساساً لاثبات الحقوق ، وأساساً لنقلها ، وأساساً لاسقاطها ، ولوجود الالزام العام بالوفاء بالعقود ، واحترام العهود ، وعدم الغدر ، ولقد فصل الشارع ما حرم ، فتحريم العقود التى لم يرد مايدل على تحريمها تحريم ما أحل الله سبحانه وتعالى ، وتهجم على شرعه من غير علم ولا سلطان مبين .

§ ١٤٢ — هـذه خلاصة موجزة أشد الايجاز لأدلة الرأيين[1] ، وحجج الفريقين ، ويقول ابن تيمية ان القول بالمنع ، حتى يقوم الدليل على الاباحة « هو قول أهل الظاهر ، وكثير من أصول أبى حنيفة تنبنى على هذا ، وكذلك كثير من أصول الشافعى ، وأصول طائفة من أصحاب مالك واحمد ، فان احمد قد يعلل أحيانا بطلان العقد بكونه لم يرد به أثر ولا قياس ، كما قاله فى احدى الروايتين فى وقف الانسان على نفسه ، وكذلك طائفة من أصحابه قد يعللون فساد الشروط بأنها تخالف مقتضى العقد ، ويقولون : ما خالف مقتضى العقد فهو باطل[2] » اهـ .

هـذا ما حكاه ابن تيمية ، والمتتبع لعبارات الفقهاء فى الكتب المذهبية المختلفة يصدق ما نقله ذلك الكاتب الفقيه العظيم ، وهنا يجول بالخاطر سؤال يبلبل النفس ، ويثير الحيرة ، أتقف الشريعة فى نظر أولئك العلية من العلماء جامدة فتحكم بالبطلان على كل ما يجد فى شئون المعاملات من عقود وشروط ؟

ان الصفقات التجارية قد اتسع أفقها ، وتشعبت أنواعها ، وتنوع بحسب العرف التجارى ما يشترطه العاقدون ، حتى وجدت عقود لم تكن ، وتفنن الناس فى الشروط تفننا باعد ما بين العقود ، وأصولها المذكورة فى كتب الفقه ، ولو حكمنا ببطلان تلك العقود ، وفساد هاتيك الشروط لصار الناس فى حرج وضيق ، ولشلت الحركة فى الأسواق ، ولتقطعت العلاقات التجارية بين الناس ،

---

(١) من أراد الرجوع الى أدلة الرأيين مفصلة فليرجع الى الجزء الخامس من الاحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ، والى كتاب الشروط والعقود فى الجزء الثالث من فتاوى ابن تيمية .

(٢) كتاب الشروط والعقود من فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٣٢٣ .

بل لتقطعت الأسباب ، فلا تنمو ثروات آحاد النـاس ، ولا تنمو ثروة الجمـاعات !! ذلك ما يجول فى الصدور عند ما يقرأ القارىء أن جمهرة الفقهاء يحرمون العقود والشروط الا ما نص عليه أو أثبتته المصادر الفقهية بشكل عام ؛ ولـكن القارىء الممعن فى تفهم ما يقرأ الذى لا يكتفى بالسطور ، حتى يتغلغل فيما وراءها يرى أن ذلك الرأى الغالب على أولئك السابقين من أهل الفقه ، لا يؤدى الى تضييق المعاملات على الناس ؛ لأن الـكثرة من أولئك الذين منعوا الوفاء بالعقد ، حتى يقوم الدليل ، قد وسعوا فى الأدلة المثبتة لجواز العقود ، حتى وسعت تلك الأدلة كل ما تجرى به المعاملات أو أكثره ، حتى لا يكون الناس فى ضيق ، فأكثرهم يقرر بعض أو كل الأصول الآتية : (١) أصل المصالح المرسلة فانها تثبت أن كل ما فيه مصلحة غير محرمة يجيزه الشارع ، (٢) وأصل الاستحسان ، (٣) وقاعدة أن ما يجرى به العرف يقره الشارع ما لم يكن مصادما لنص .

١٤٣ — هذه الأصول لو أخذنا بها أو ببعضها وطبقناها فى العقود لوجدنا الأكثرين من الفقهاء قد فتحوا الباب ، ولم يضيقوا واسعا على الناس ، وهم يتقاربون بهذا ممن يقولون ان الأصل فى العقود الاباحة حتى يقوم الدليل ، و بذلك تخف حدة الخـلاف ويهون الفرق . ولنعرف كل أصل من هذه الأصول بكلمة ونشير إلى تطبيقه على العقود .

ولنبدأ بقاعدة العرف واقرار الشارع لما يجرى به ؛ فان تلك القـاعدة تفيد فى موضوعنا هذا بنص صريح ؛ وهى من جهة ثانية مقررة مشـهورة فى كتب الحنفية وفتاويهم ، فالعرف أصل ثابت عندهم ، فلقد صرح فى المبسوط بأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص ، وجاء فى شرح الأشباه للبيرى أن الأمر الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى ، ولأن العرف يعتبر من الدلالات الشرعية اعتمادا على الأثر : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن »[١] ولقد يذكر الفقهاء قوة العرف

---

(١) راجع رسائل ابن عابدين الجزء الثانى ص ١١٥ . والأشباه الجزء الأول ص ١٢٦ وما يليها .

لا فى اثبات الأحكام الشرعية فيما لا دليل له سواه ، بل يذكرونه فى مقام معارضته لغيره من الأدلة الشرعية وعدم معارضته ، فيذكرون أن العرف لا يعارض النص ، بل يسقط العرف بجوار النص ، ولكن العرف يعتبر إذا كان الدليل الذى يعارضه قياسا[١] ، ويذكرون فى هذا المقام أن العرف عام وخاص ، وأن العرف العام هو الذى يثبت فى سائر البلاد ، والعرف الخاص يثبت فى بعضها دون بعض ، وكلاهما له أثر فى الأحكام ، على حسب قوته ، فالعرف العام لكل البلاد تثبت أحكامه لكلها ، والخاص ببلدة واحدة يثبت حكمه على تلك البلدة فقط[٢] . ولكن العرف الذى يصح أن يكون معارضا لأدلة الفقه الأخرى ، هو العرف العام[٣] فقط ، أما العرف الخاص ، فهو لا يؤخذ به الا فيما اذا لم يكن فى موضوعه أى دليل فقهى سواه ، ولقد أثبتوا بناء على أن العرف دليل شرعى ، وأن مايثبته العرف يقره الشرع ما لم يكن نص يخالفه — صحة عقد الاستصناع ، لأن التعامل جرى به بين الناس كما أثبتوا صحة كل شرط ليس من مقتضى العقد ، ولم يرد به أثر ، وفيه منفعة لأحد العاقدين ، وجرى به عرف ، وجعلوا سبب الحكم بصحته جريان العرف .

ولم يكتف الحنفية بجعل العرف له ذلك الأثر ، بل جعلوا أحكام مذهب أبى حنيفة وأصحابه قابلة للتجديد ، بجعل العرف ذا أثر فى تغييرها ، بمعنى أنه إذا ثبت أن الحكم فى مذهب أبى حنيفة بمقتضى المروى الصحيح فى كتبه مخالف للعرف العام ، ولم يكن معتمداً على نص صريح ، صح للمفتى على مذهب الحنفية أن يخالف المنصوص عليه فى المذهب ، ولا يعتبر خارجا فى فتياه عن نطاق ذلك المذهب الجليل ، فترى ابن عابدين يقول فيما إذا خالف العرف ماجاء فى ظاهر

---

(١) رسائل ابن عابدين .

(٢) رسائل ابن عابدين الجزء الثانى ص ١٣٢ .

(٣) رسائل ابن عابدين الجزء الثانى ص ١١٦ .

الرواية [١] : « اعلم أن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بصريح النص ، وهى الفصل الأول [٢] وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأى ، وكثير منها يبنيه المجتهد على ما كان فى عرف زمانه ، بحيث لو كان فى زمان العرف الحادث لقال بخلاف ماقاله أولا ؛ ولهذا قالوا فى شروط الاجتهاد انه لابد من معرفة عادات الناس ، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان ، لتغير عرف أهله ، أو لحدوث ضرورة ، أو فساد أهل الزمان ، بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه أولا للزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد ، لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن احكام ، ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا مانص عليه المجتهد فى مواضع كثيرة ، بناها على ما كان فى زمنه ؛ لعلمهم بأنه لو كان فى زمنهم لقال ماقالوا أخذاً من قواعد مذهبه ، فمن ذلك إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه ، لانقطاع عطايا المعلمين التى كانت فى الصدر الأول ، ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة لضاعوا وضاع عيالهم ، ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة وصناعة لضاع القرآن والدين ، فأفتوا بأخذ الأجرة عليه ، وكذا على الامامة والآذان ؛ مع أن ذلك مخالف لما اتفق عليه أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد من عدم جواز هذا الاستئجار وأخذ الأجرة عليه » [٣] ويقول فيما يجب على المفتى الافتاء به : « فهذا كله وأمثاله دلائل واضحة على أن المفتى ليس له الجمود على المنقول فى كتب ظاهر الرواية من غير مراعاة الزمان وأهله ، والا يضيع حقوقا كثيرة ، ويكن ضرره أعظم من نفعه » [٤] .

ومن هذه كله يستفاد أن العرف دليل شرعى عند الحنفية يثبت أحكاما

---

(١) هى الكتب التى روى فيها الامام محمد مذهب ابى حنيفة وأصحابه .

(٢) أى الفصل الذى لا يعتبر فيه العرف ؛ لأنه يكون معارضا للنص .

(٣) راجع رسائل ابن عابدين الجزء الثانى ص ١٢٥ ، ١٢٦ .

(٤) الرسائل الجزء المذكور ص ١٣١ . وانا نوصى كل طالب لفقه أبى حنيفة أن يقرأ رسالة العرف هذه ، فهى من لب الفقه وصميمه .

فى كل موضع خلا من دليل غيره على حكم فيه ، بل إنه يعارض القياس ، ويعتبر دونه إذا كان عاما ، وعلى ذلك نقول : إن كل العقود التى يقرها عرفنا الحاضر كشركات المساهمة ، وغيرها مما أوجده التعامل فى العصر الحاضر هى عقود شرعية يقرها فقه أبو حنيفة مادامت لم تخالف نصا فى الشرع ، ويكون هذا من تقرير حرية التعاقد ، وإرسالها غير مقيدة إلا بالعرف .

١٤٤ — **الاستحسان** : ولننتقل بعد ذلك إلى الأصل الثانى الذى يفتح لنا الباب لحرية التعاقد وهو الاستحسان ، وقد أنكر ذلك الأصل الشافعى ، ومن نحا نحوه فى الأصول والفروع ، وقال من استحسن فقد شرع ، يقصد بذلك أن من أفتى باستحسانه ، فقد جعل نفسه شارعا لا مجتهدا ، والشارع فى نظر الشريعة الاسلامية هو الله وحده ، ولكن أخذ بالاستحسان أبو حنيفة وأصحابه ، ومالك حتى انه يروى عنه أنه قال : « تسعة أعشار العلم الاستحسان » وقد اختلفت عبارات الفقهاء فى بيان حقيقة الاستحسان الشرعية ، فقال بعضهم انه ما يستحسنه المجتهد بعقله من غير أن يوجد نص يعارضه أو يثبته ، بل يرجع فيه إلى الأصل العام ، وهو جريان المصالح التى يقرها الشرع ، وقال بعضهم ان الاستحسان هو الدليل الذى ينقدح فى نفس المجتهد ولا يقدر على ابرازه واظهاره ، ولا يكون فى موضوعه دليل ناف أو مثبت ، وأحسن تعريف للاستحسان عند الحنفية ، ما قاله أبو الحسن الكرخى ، وهو أن يعدل المجتهد عن أن يحكم فى المسألة بمثل ما حكم به فى نظائرها ، إلى غيره ؛ لدليل أقوى يقتضى العدول عن الدليل الأول المثبت لحكم هذه النظائر ، ويدخل فى عموم هذا التعريف ما يقوله بعض الفقهاء من أن الاستحسان هو القياس الخفى (١) ، وفى الحق ان تعريف الكرخى يحتاج إلى بعض البيان ،

---

(١) راجع فى هذا المستصفى للغزالى الجزء الأول ص ٢٧٤ وما يليها ، وكشف الأسرار على أصول فخر الاسلام الجزء الرابع ص ١١٢٣ . وقد عرف الاستحسان فى مذهب مالك بأنه الأخذ بمصلحة جزئية فى مقابل دليل كلى ، وقال ابن العربى فى أحكام القرآن ان الاستحسان هو العمل بأقوى الدليلين .

ولذلك نقول كلمة موجزة فى بيانه ، وذلك أن القياس ، (وهو الحاق أمر غير منصوص على حكمه بأمر منصوص على حكمه لعلة جامعة بينهما) يقتضى الاطراد ، وشمول كل الجزئيات ، فهو يسرى بحكمه على كل أمر تحققت فيه العلة التى من أجلها شرع الحكم ، وقد يكون فى الاطراد والعموم ما يؤدى الى ضرر فى بعض الجزئيات ، وفوات غرض الشارع ومرماه العام ، إذا طبقنا القضية الكلية التى اقتضاها القياس ، فالمتتبع لأحكام الشريعة يجد مثلا أنها بينت أن مبادلة النقدين تقتضى القبض فى المجلس ، والا لم يصح العقد ، فلو عممنا مقتضى هذه القضية ، وقايسنا فى كل ما تتحقق فيه علتها ما صح القرض ، ولكن عدم صحته يوقع الناس فى ضيق وحرج ، وقد يؤدى الى الشح ، وعدم معاونة الموسر للمعسر باعطائه وانتظاره الى ميسرة ، وان من أغراض الشارع العامة إيجاد أسباب التعاون ، ووصل أسباب المودة ، والتعاطف بين بنى الانسان ! ولذلك شرع القرض ، وأبيح وأقر المتعاقدان عليه ، مع أنه فى مؤداه ليس إلا مبادلة نقدين ، قد فات فيها التقابض فى المجلس .

وهكذا يقال فى كثير من العقود التى كان اطراد القياس يوجب منعها ، وأجازها الاستحسان عند الحنفية ، كالمزارعة والمساقاة ، ولذلك يقول الشاطبى فى الموافقات : « إن مقتضى الاستحسان الرجوع الى تقديم الاستدلال المرسل على القياس ؛ فان من استحسن لم يرجع الى مجرد ذوقه وتشهيه ، وانما رجع الى ما علم من قصد الشارع فى الجملة فى أمثال تلك الأشياء المفروضة ، كالمسائل التى يقتضى فيها القياس أمراً ، الا أن ذلك الأمر يؤدى الى فوت مصلحة من جهة أخرى ، أو جلب مفسدة كذلك » (١) ولقد بالغ بعض فقهاء المالكية فى الاستحسان حتى قال انه عماد العلم ، وان المغرق فى القياس يكاد يفارق السنة .

من هذا يتضح معنى الاستحسان الذى يعده الحنفية والمالكية أصلا من أصول الفقه الاسلامى ، وانا لو طبقناه وسرنا سير الأقدمين فيه ، وفتحنا أبوابه

---

(١) راجع الموافقات الجزء الرابع ص ١١٧ .

فى العقود لوسع كل ما تقتضيه المعاملات من العقود التى لم يرد نص صريح قاطع بتحريمها كالعقود الربوية ، فما لم يكن فى العقد ربا صريح فالاستحسان متسع له ، لأن الاستحسان أصل يؤخذ به عند عدم معارضة النص القاطع ، فما لم يوجد نص ، وكان فى اطراد القياس تفويت لمقصد من مقاصد الشارع العامة ، فالاستحسان يوجب مخالفة القياس الى ما يحقق مقصد الشارع ورفع الحرج ، ولا شك أن فى اطراد القياس بمنع عقود جرى تعامل الناس بها ، وان لم ترد فى الفقه الاسلامى حرجا شديداً ، وتضييقا على الناس فى أمر لهم فيه متسع .

١٤٥ — **المصالح المرسلة** : ولننتقل بعد هذا البيان الموجز عن الاستحسان إلى الأصل الثالث الذى يوسع باب شرعية العقود ووجوب احترامها ، وهو المصالح المرسلة ، ويسمى فى عرف بعض الأصوليين الاستصلاح ، وهو صنو الاستحسان ، وقريب منه فى مرماه ، وإن كان هو أوسع شمولا . ومعناه الأخذ بكل أمر فيه مصلحة يتلقاها العقل بالقبول ، ولا يشهد أصل خاص من الشريعة بالغائها أو اعتبارها ، وإن الأخذ بذلك الأصل واعتباره أصلا من أصول الفقه الاسلامى موضع خلاف بين الفقهاء ، والآخذون به أقل عددا من الآخذين بالاستحسان والعرف ، فلم يأخذ به سوى مالك من الأئمة الأربعة ، وحمل عليه امام الحرمين والغزالى حملة شديدة ، وملخص الاحتجاج لرفضه ينتهى الى ثلاثة أمور (أحدها) أن الأخذ بمبدأ المصالح ، ولو لم يشهد لها دليل خاص من الشارع يفتح باب الهوى والشهوة ، فيكون كل ما يشتهيه الشخص ويرغبه مصلحة ينبنى عليها حكم شرعى بالاباحة والاقرار ، وذلك يؤدى إلى المفاسد والبوار . (وثانيها) أن المصالح المرسلة تختلف باختلاف البلدان وباختلاف الأقوام ، وباختلاف الأشخاص ، بل باختلاف أحوال الشخص الواحد ، فاذا جعلنا كل مصلحة تقتضى حكما يناسبها ، فقد تتناقض أحكام الشىء الواحد فى الشريعة الاسلامية ، وتتضارب ، فيكون مرة حلالا ، ومرة حراما ، وذلك لا يجوز فى الشرع . (وثالثها) أن المصلحة التى تناط بها أحكام الشريعة هى المصلحة التى تكون فيها المحافظة

على مقصود الشارع ، ومقصود الشارع أن يحفظ على الخلق دينهم ، وأنفسهم وعقولهم ، ونسلهم ، وأموالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة ، وما كان داخلا فى ضمن هذه الكلية فالحكم فيه قياسى ، أما الحكم بمقتضى المصالح المرسلة المطلقة عن التقيد بهذه الكليات الخمس ، فهو تخييل وقد يكون هوى فلا عبرة به فى نظر الشارع الاسلامى .

وقد أجاب الذين أخذوا بالمصالح المرسلة ، وعدوها أصلا ، عن الدليل الأول والثالث بأن المصلحة المرسلة التى يمتد بها هى التى تكون ملائمة فى الجملة لأغراض الشارع ، وان لم يشهد لها أصل خاص ، و بذلك يبتعد الهوى والتشهى عن الشرع ، والافتاء فيه ، ومن جهة ثانية ، فالذى يفتى بالأخذ بالمصلحة المرسلة هو المجتهد ، وهو يوازن بين الغايات والمرامى الشرعية وقرب المصلحة منها و بعدها عنها ، وفى ذلك حصانة للمصلحة من غلبة الشهوة والهوى المؤديين إلى الفساد . وأجابوا عن الدليل الثانى (وهو أن الأخذ بهذا الأصل يؤدى إلى اختلاف الأحكام باختلاف الأشخاص) بأن هذا لا يعيب الشريعة ، بل يدل على مرونتها ، وفى تلك المرونة القوة وصلاحيتها لكل زمان ومكان ، و بقاؤها ودوامها ؛ لأنها تحقق كل مصالح الناس ، وترفع عنهم كل ضرر وضرار من غير أن تمس أصولها بتغيير أو تحريف .

هذه خلاصة موجزة أشد الايجاز فى بيان بعض أوجه النظر فى ذلك الأصل ، و إذا كان الآخذون به قلة بين الفقهاء فحسبهم أنه على رأسهم امام دار الهجرة مالك رضى الله عنه . وان فى الأخذ بذلك الأصل فتحا لباب التعاقد واحترامه اذا تحققت فيه مصلحة مهما تكن ما دامت متلائمة مع أغراض الشارع ، أو غير منافية لمرماه .

هذه الأصول الثلاثة لو أخذنا بها كلها ، أو أخذنا ببعضها ، بل لو أخذنا بأحدها ، وهو العرف لكان وحده كافياً لفتح باب التعاقد على مصراعيه ،

و إطلاق الحرية للمتعاقدين ، وما ساغ لأحد أن يحكم بأن الفقهاء قد ضيقوا حرية التعاقد ، وغلقوا أبوابها ، فان أقوال الفقهاء يجب أن تفهم على مقتضى أصولهم جميعها ، باعتبارها وحدة متماسكة الأجزاء يتمم بعضها بعضا ، و يتكون منها بنيان متناسق الأركان ، ثابت الدعائم . ولا يصح أن يؤخذ أصل من غير نظر الى غيره ، فقد يكون فيه شدة يلطفها غيره من الأصول ، وقد يكون رخوا فيحتاج الى أصل صلب يطوى عليه ؛ ليكون فيه نفع للعباد ، ودفع للفساد .

الشروط المقترنة بالعقود

§ ١٤٦ — هذا جزء من حرية التعاقد ، وهو متمم لبحثها ؛ فان الذين يفتحون باب التعاقد على مصراعيه غير مقيديه إلا بدليل من الشرع مانع يفتحون أيضا باب الشروط فى العقود ، فيجعلون للعاقد أن يشترط فى أثناء تكوين العقد ما شاء من الشروط ، والذين يقيدون باب التعاقد ، و يستمسكون بمقتضيات العقود التى أقرها الشارع ، والآثار التى اعتبرها لا يعدونها ، لا يحترمون من الشروط الا ما يتفق مع مقتضاها ، وقد ألممنا الى شىء من ذلك عند الكلام فى حرية التعاقد ، وهنا نريد أن نفصل بعض التفصيل هذا الجزء ، فان الاشارة اليه ليس فيها غناء عن بيانه :

ان الشريعة لا تعطى حمايتها لكل الشروط التى يشترطها الناس فى عقودهم بل تعطى تلك الحماية لما يلائمها من الشروط ، وتمنعها مما يخالفها ، ومثلها فى ذلك المنع مثل القوانين الحديثة فى معاملتها للشروط المخالفة للنظام العام ، فهى لا تمنحها الحماية ، ولا تجيز للمحاكم رعايتها ، بل تعتبرها جريمة فى كثير من الأحوال .

ولكن ما الضابط للشروط المحللة السائغة ، والشروط غير السائغة فى الشريعة ؟ الذى يستنبط من أقوال الفقهاء أنهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة مذاهب : فذهب أكثر فقهاء الحنفية والشافعية ، والمالكية أن كل شرط يخالف الشرع الشريف ، أو يزيد على مقتضى العقد الذى اشترط فيه من غير ورود أثر به — شرط لا يقره الشرع ولا يرعاه ؛ كأن تشترط المرأة فى الزواج ألا يتزوج

عليها ، أو لا ينقلها من بلدها ، فقد قال هؤلاء الأئمة إن هـذا الشرط لا يقتضيه عقـد الزواج ، بل هو زائد على ما يوجبـه ذلك العقد من التزام ، فلا يقر ولا يلتفت اليه .

وأصول كثيرين من الحنابلة على أن كل شرط لم يقم دليل من الشرع على النهى عنه ، وعلى عدم اعتباره ، فهو ملزم يجب الوفاء به من غير تقييد بمقتضى العقد ؛ وذلك لأن الناس عنـد شروطهم ، وعليهم رعاية عهودهم ، وان نكثوا وحاولوا التحلل من قيودها حملهم القضاء على الوفاء به ؛ ولذا أوجب الحنابلة الوفاء بالشروط التى تصحب عقد الزواج ، كأن تشترط المرأة ألا يتزوج عليها وألا ينتقل من بلدها أو دارها ، ويجيز لها فسخ النكاح إذا تزوج عليها ، وأجازوا اشتراط أن يأخذ البائع الجارية بثمنها الذى بيعت به اذا اشترط عند بيعها ألا يبيعها لغيره ، كما أجازوا اشتراط البائع سكنى الدار المبيعة سنة ونحو ذلك ، وهكذا ترى كثيرين من الحنابلة قد فتحوا باب الشروط فى العقود من غير قيد ولا شرط الا شرطا واحدا ، وهو ألا يخالف الشرط شيئا فى كتاب الله سبحانه وتعالى أو فى سنة رسـوله صلى الله عليه وسلم ، أو يثبت من قواعد الشريعة العامة المنع فيه .

وقال الظاهرية انه لا يعتبر من الشروط إلا ما ورد النص باثباته ، وقام الدليل على وجوب الوفاء به ؛ لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين وارادتهما ، ولـكن مما يرتبه الشارع على أقوالهم ، ويحكم بأنه أثر لتصرفاتهم ، فما لم يرد من الشارع دليل على اعتبار الشروط التى يشترطها العاقدان لا يلتفت اليها ولا يحكم لها بأثر ، ولا تنال قوة التنفيذ تحت سلطانه .

§ ١٤٧ — وترى من هـذا أن الخلاف فى حرية الاشتراط عند التعاقد هو جزء من الخلاف فى حرية التعاقد نفسها ، ثم ان الحنابلة والظاهرية يقفان فى هذا المقام على طرفى نقيض ، أولئك يبيحون كل شرط لم يثبت فى الشرع نهى عنه ، وهؤلاء ينفون كل شرط إلا ما قام الدليـل على اجازته ، ودلائل الفريقين لا تخرج عما سقناه من استدلال فى موضع النزاع فى حرية التعاقد ؛ فلنكتف بما

سقناه هناك توخيا للايجاز، ومنعا للتكرار .

وانا مع ميلنا الى طريقة الحنابلة فى الشروط التى تشترط فى العقود المالية ، وفتح بابها ، واطلاق الحرية للمتعاقدين فى اشتراط ما يريانه من شروط فيها ما دامت لا تدخل فى عموم منهى عنه ، أو تخالف قاعدة مقررة فى الشريعة ، نرى أن الرأى الوسط فى الشريعة أن تقسم الشروط فى كل العقود كما قسمها الشاطبى فى موافقاته ، إذ قال : « الشروط مع مشروطاتها ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يكون مكملا لحكمة المشروط وعاضدا لها بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال ؛ كاشتراط الكفء والامساك بمعروف ، والتسريح باحسان فى النكاح ، واشتراط الرهن والحميل والنقد أو النسيئة فى الثمن فى البيع ، فهذا القسم لا اشكال فى صحته شرعا ، فانه مكمل لحكمة كل سبب يقتضى حكما . . فانه لما كان غير الكفء مظنة لعدم التلاؤم لأنفة أحد الزوجين أو عصبتهما ، وكانت الكفاءة أقرب الى التحام أحد الزوجين والعصبة ، وأولى بمحاسن العادات ، كان اشتراطها ملائما لمقصود النكاح ، وهكذا الامساك بمعروف ، وسائر تلك الشروط المذكورة تجرى على هذا الوجه ، فثبوتها شرعا واضح .

(والثانى) أن يكون الشرط غير ملائم لمقصود العقد ، ولا مكمل لحكمته ، بل هو على الضد من الأول ، كما اذا اشترط فى النكاح ألا ينفق عليها ، أو شرط فى البيع ألا ينتفع بالمبيع ، أو ان انتفع فعلى بعض الوجوه دون بعض ، أو شرط الصانع على المستصنع ألا يضمن الشىء المستأجر عليه وان تلف ، وهذا القسم لا اشكال فى ابطاله لأنه مناف لحكمة السبب ، فلا يصح أن يجتمع معه ، فان اشتراط الناكح ألا ينفق ينافى استجلاب المودة المطلوبة فيه ، وهكذا سائر الشروط ؛ إلا انها اذا كانت باطلة ، فهل تؤثر فى المشروطات ؟ هذا محل نظر .

(والثالث) ألا يظهر فى الشرط منافاة لمشروطه ، ولا ملاءمة ، وهو محل نظر ، أيلحق بالأول أم بالثانى من جهة عدم الملاءمة ظاهرا ؟ والقاعدة المستمرة فى أمثال هذا — التفرقة بين العبادات والمعاملات ، فما كان من العبادات لا يكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة ؛ لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات الى المعانى ؛

والأصل فيها ألا يقدم عليها إلا باذن ؛ إذ لا مجال للعقول فى اختراع التعبدات ؛ فكذلك ما يتعلق بها من الشروط . وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة ؛ لأن الأصل فيها الالتفات الى المعانى دون التعبد ، والأصل فيها الاذن ، حتى يدل الدليل على خلافه » [١] .

هذه كلها أصول عامة اجمالية ، ولكل مذهب تفصيل لذلك الاجمال ، وفيه يختلفون . فالشافعية والمالكية والحنفية اتفقوا فى الجملة على التمسك بمقتضيات العقود كما ذكرنا ، ولكنهم اختلفوا فى التفصيل ، وتشعبت أنظارهم ، ولنذكر كلمة فى تفصيل ذلك الاجمال فى المذاهب الثلاثة .

§ ١٤٨ — وتفصيل الكلام عند الحنفية أنهم يقسمون الشروط إلى صحيحة ، وباطلة ، وفاسدة ، وهذا التقسيم يعتمد على موافقة الشرط لمقتضى العقد الذى أقره الشارع ، والقواعد العامة للشريعة ، وعلى ورود الأثر به أو عدم الورود ، ثم على اقرار العرف وعدم إقراره ، ان زاد الشرط على مقتضى العقد ، ولم يرد به نص من الشرع ، كما يدخل فى تقدير الشارع لتأثيره فى العقد كون فيه فائدة لأحد أو ليست فيه فائدة . هذه هى الأسس التى يعتمد عليها تقسيم الشروط فى العقود عند الحنفية الى صحيحة وباطلة وفاسدة .

(١) فالشرط الصحيح هو ما يكون موافقا لمقتضى العقد كاشتراط تسليم الثمن قبل تسلم المبيع .

(٢) أو ما يكون مؤكدا لمقتضاه كاشتراط تقديم كفيل معين بالثمن المؤجل ، أو اشتراط رهن معين به ، فان ذلك الشرط يؤكد استيفاء الثمن ، واستيفاء البائع للثمن مما يقتضيه عقد البيع ، فكل ما كان للاستيثاق من هذا الوفاء فهو مؤكد لهذا المقتضى .

---

(١) راجع بحث مشكلة الأوقاف للمؤلف المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة العدد السابع ص ٧٤٦ وما يليها والموافقات للشاطبى الجزء الأول ص ١٩٦ ، ١٩٧ ، ١٩٨ .

(٣) أو يكون قد ورد به أثر من الشارع كاشتراط خيار الشرط مدة معلومة؛ فان اشتراط الخيار مدة معلومة يكون للعاقد حق الفسخ فيها — شرط ليس من مقتضى العقد ، وليس مؤكدا لهذا المقتضى ، ولكن ورود الأثر به جعله سائغا صحيحا .

(٤) أو ما يجرى به عرف كمن يشترى ساعة ، ويشترط على البائع اصلاحها مدة معلومة ، فهذا الشرط صحيح ، عند الأئمة الثلاثة أبي حنيفة وصاحبيه ، وقال زفر إن الشرط فاسد ، ورأيه هو القياس ؛ لأنه زائد على مقتضى العقد ، وغير مؤكد له ، وفيه منفعة لأحد العاقدين ، فيكون فاسدا ، ولكن رأى الأئمة الثلاثة أنه يجب الأخذ بالاستحسان هنا ؛ لأن العرف مما يخصص القياس ، وقد جرى العرف بمثل هذا الشرط فيقر ، وما يجرى به العرف تؤيده الشريعة ما لم يخالف نصا أو أثرا قد ورد من الشارع الحكيم .

والشرط الصحيح يلتحق بأصل العقد ، ويستحق الوفاء على حسب قوة العقد نفسه ، ويصير جزءا من مقتضى العقد ، فاذا اشترى شخص ساعة ، واشترط اصلاحها ، وساغ ذلك الشرط صار واجب الوفاء ، بحيث يلزم البائع بالاصلاح اذا امتنع ، وهكذا كل أنواع الشروط الصحيحة .

(ب) والشرط الفاسد ما كان غير موافق لمقتضى العقد ، ولا مؤكد له ، ولم يرد به أثر ، ولا يجرى به عرف ، وفيه منفعة لشخص سواء أكان أحد العاقدين أم غيرهما ، كمن يبيع سيارة ، ويشترط لنفسه الانتفاع مدة معلومة ، وكمن يبيع داراً ، ويشترط لنفسه سكناها مدة معلومة ، وكمن تتزوج رجلا على شرط ألا يخرجها من بلدها ، والشرط الفاسد اذا اقترن بعقد من عقود المبادلات المالية كالبيع والاجارة والقسمة أفسد العقد ، وان كان العقد ليس عقد مبادلة مالية كالنكاح والهبة والحوالة والكفالة والرهن كان العقد صحيحا والشرط لاغيا ، بمعنى أن العقد لا يؤثر فيه الشرط ، ولكن الشرط لا يجب الوفاء به .

وقد أحصى الفقهاء عقود المبادلات التي تفسدها الشروط الفاسدة فكانت

هـذه العقود : عقد البيع ، والاجارة ، والقسمة والصلح على مال ، والمزارعة والمساقاة [١] ، وما عدا هذه العقود لا يعتبر عقد مبـادلة ، فلا تفسده الشروط الفاسـدة ، بل يصح العقد ويلغى الشرط ، فمن تزوج على شرط ألا مهر ، أو تزوجت على شرط ألا يخرجها من بيت أهلها يصح النكاح ، ويعتبر الشرط كأن لم يكن ، ويجب مهر المثل فى الصورة الأولى ، وتلزمها الطاعة فى الثانية ، ولا يعتبر الاشتراط بحال من الأحوال مانعا من حق الزوج فى الطاعة ، والامساك بمعروف، ولـكن ما العلة الدافعة للفقهاء لأن يجعلوا الشرط الفاسد مؤثرا فى صحة عقود المبادلة فيفسدها ، ولا يؤثر فى غيرها فلا يفسده ؟ نرى عبارات الفقهاء تختلف فى تعليل ذلك ، فمن المؤلفين من يذكر أن الشروط التى فيها منفعة زائدة على مقتضى العقد لأحد العاقدين أو لغيرهما ممن هو أهل للانتفاع مفضية إلى جهالة فى المعقود عليه أو فى شىء يتعلق بالعقود ، وعقود المعاوضات تفسدها أية جهالةفاحشة فى موضوعها ، أو فى أى وصف يتعلق بذلك الموضوع ، هذا تعليل يجرى على أقلام بعض الـكتاب ، وفيـه نظر ؛ لأن من الشروط ما يكون معينا تعيينا وافيـا كافيا لا يفضى الى جهالة ، ولو كانت يسيرة تغتفر فى عقود المعاوضات ، ولذلك عدل عن هذا التعليل أكثر الـكتاب فى الفقه ، واعتمدوا على تعليلين ذكرتهما الهداية : « أحدهما » أن فى اشتراط شرط زائد على مقتضى العقد وجود عقدين فى عقد واحد ، فمن باع دارا ، واشترط سكناها سنة ، فان كان جزء من الثمن مقابلا لهذه السكنى ، كما هو ظاهر الحال كان ذلك العقد بيعا واجارة معا ، وإن كانت السكنى لا يقابله جزء من الثمن كان العقد بيعا واعارة معا ، وقد ورد الأثر بالنهى عن صفقتين فى صفقة ، « ثانيهما » أن الأثر قد ورد بالنهى عن بيع وشرط ، فكل بيع مع شرط زائد على مقتضاه منهى عنه ، فيفسد العقد بسبب هذا النهى ، ويقاس على البيع كل

(١) قد ذكرت بعض الـكتب من بين العقود التى تفسدها الشروط الفاسدة الرجعة والابراء وعزل الوكيل ولـكن القواعد الفقهية توجب ألا تفسد هذه بالشروط الفاسدة ، لأنها ليست من عقود المعـاوضات ، « راجع البحر الجزء السـادس ص ١٩٣ وما يليها ، والزيلعى الجزء الرابع ص ١٣١ وما يليها وفتح القدير الجزء الخامس » .

عقود المعاوضات ؛ لأنها فى معنى البيع ؛ إذ كل عقد من عقود المعاوضة يتضمنه فى ناحية من نواحيها . ويضاف إلى هذين التعليلين ما جاء فى فتح القدير والزيلعى من أن اشتراط منفعة زائدة على مقتضى العقد ربا ، وعقود المعاوضات تفسدها الشروط الربوية ، أما غيرها من العقود فلا يتصور فيها الربا (١) .

هذه تعليلات الفقهاء من الحنفية التى ذكروها فى بيان السبب فى تأثير الشروط الفاسدة وافسادها لعقود المعاوضات ، وعدم تأثيرها فى غيرها ، ونرجو أن نكون قد بينا وجهات نظرهم ، وإن كنا لا نوافق على مسلكهم .

(ج) والشرط الباطل ، ماليس موافقا لمقتضى العقد ، ولا مؤكدا له ، ولم يرد به أثر ، ولم يجر به عرف ، وليس فيه نفع لأحد العاقدين ، ولا لغيرهما ممن هو أهل للانتفاع ، كمن يبيع سيارة ، ويشترط على المشترى ألا يستعملها الا فى أحوال خاصة ، أو فى زمن معين ، وفى الجملة يقيد انتفاعه بها بأى نوع من أنواع التقييد ، فهذا الشرط ليس فيه نفع لأحد ممن هو أهل للانتفاع ، فيكون باطلا ، ولذلك يلغى ، ولا يؤثر فى العقد بفساد أو بطلان ، سواء أكان العقد عقد معاوضة أم كان غير معاوضة (٢) .

١٤٩ — هذا تفصيل موجز للشروط وأقسامها وأثرها فى العقود فى مذهب أبى حنيفة وأصحابه ، ولنتكلم عن الشروط وأقسامها عند المالكية . والمتتبع لفروعهم المستقرى استقراء ممكنا لها ، يرى أنهم يرون أن كل شرط لايتفق مع ما يشترطونه لصحة العقد الذى اقترن به يكون مفسداً للعقد ، لأن العقد حينئذ لم يستوف شروط صحته ، فلم تثبت حقيقته الشرعية ، هذا أصل ، وهناك أصل آخر ، وهو أن كل عقد يناله الغرر والجهالة بسبب شرط من الشروط التى يشترطها العاقدون ، فان ذلك الشرط يكون مفسداً للعقد ، ان تمسك به العاقد الذى اشترطه ، وان

---

(١) راجع فتح القدير الجزء الخامس ص ٢١٧ ، ٢١٨ ، وراجع الزيلعى الجزء الرابع ص ٣١ ، ٣٢ .

(٢) راجع فى هذا رسالة العقود والشروط لأستاذنا الجليل الشيخ احمد ابراهيم بك .

لم يتمسك به وتنزل عنه صح العقد ، ولغا الشرط[1].

وعلى هذين الأصلين قسموا الشروط إلى ثلاثة أقسام: (القسم الأول) الشروط التى يشترطها أحد العاقدين وفيها منفعة له ، وليس فيها منع للعاقد الثانى من حق أعطاه له الشارع بمقتضى العقد ، كأن يشترط البائع لنفسه سكنى الدار المبيعة مدة يسيرة ، هى شهر وقيل سنة ، ففى هذه الحالة لم يمنع المشترى فى الجملة من حق اكتسبه بمقتضى البيع ، وعلى ذلك يصح العقد والشرط[2] .

(القسم الثانى) الشروط التى فيها منع لأحد العاقدين من حق أعطاه له الشارع مقتضى للعقد من غير أن يكون فى الشرط جهة بر ، ومثال ذلك أن يبيع شخص لآخر عينا من الأعيان ، ويشترط عليه ألا يبيعها ، ففى هذا منع له من حق أعطاه له الشارع ، إذ أعطاه الشارع بمقتضى البيع ملكية مطلقة تعطيه التصرفات الشرعية كلها فيها ، فأى حد لتلك التصرفات هو منع من حق اكتسبه من العقد ، فيكون منافيا لمقتضى العقد .

(القسم الثالث) الشرط الذى يكون فيه بر كأن يبيع عقاراً ، ويشترط على المشترى وقفه مسجداً تقام فيه الصلوات ، فان كان التنفيذ مشروطاً فيه التعجيل صح العقد والشرط ، وان لم يكن التعجيل مشروطاً فيه لم يصح ؛ للغرر الذى قد

---

(١) راجع بداية المجتهد ، ونهاية المبتدىء الجزء الثانى ص ١٣١ .

(٢) يظهر أن هذا القسم من الشروط لا يكون لازما ، واجب الوفاء بالنسبة للأنكحة ، بل انه يكون غير مفسد للعقد ، ولكن يستحب الوفاء به ، ولا يجب ، ولذا جاء فى مقدمات ابن رشد ما نصه : « أما الشروط المطلقة فى النكاح فمن أهل العلم من أوجبها ، وروى القضاء بها ، روى عن ابن شهاب أنه قال أدركت من العلماء من يقضون بها ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم بها الفروج . . . . . والمعلوم المعروف فى المذهب أنها لا تلزم ، لكنها يستحب الوفاء بها » ومن أمثلة تلك الشروط أن يتزوجها ويشترط فى العقد ألا يتزوج عليها ، فالعقد صحيح ، والشرط غير لازم ، ولكن الوفاء به مستحب . ولقد كان مالك رضى الله عنه ينهى العاقدين أن يشترطا فى النكاح شروطا . وقد قال رحمه الله : « أشرت على قاض أن ينهى الناس أن يتزوجوا على الشروط ، وألا يتزوجوا على دين الرجل وأمانته ، وقد كتب بذلك كتابا ، وصيح به فى الأسواق ، وعابها عيبا شديدا » راجع المقدمات الجزء الثانى ص ٥٩ ، ٦٠ .

يفضى الى التنازع فى الزمن الذى يجب فيه انشاء الوقف ، أو البر .

هذا وقد انفرد الامام مالك من بين الفقهاء برأى فى الشروط التى تفسد العقود ، وهو أن الشرط الذى يفسد العقد ان لم يتمسك به مشترطه ، ينقلب العقد صحيحا لزوال سبب الفساد ، وقد خالفه فى ذلك جمهور الفقهاء ، ووجهة نظره فى ذلك أن الفساد جاء بسبب الشرط لمعنى معقول فيه معلل به ، وهو وجود الشرط المنافى لمعنى العقد ومقتضاه ، فاذا زالت تلك العلة التى أوجدت الفساد زال معها .

١٥٠ — هذه اشارة إلى أقسام الشروط عند مالك ، أما عند الشافعى ، فتقسيم الشروط يتقارب جداً مع التقسيم الذى يذكره المؤلفون فى مذهب أبى حنيفة وأصحابه ، وقد ذكر ذلك التقسيم فى فتح العزيز على وجيز حجة الاسلام الغزالى رضى الله عنه ، فقد جاء فيه ما خلاصته : « الشرط ينقسم إلى (١) ما يقتضيه مطلق العقد ، كالقبض وجواز الانتفاع والرد بخيار العيب فى البيع وهذا شرط صحيح لا يضير ذكره ، ولا ينقص العقد اهماله (٢) وما لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة للعقد نفسه ، كشرط الرهن بالثمن المؤجل ، وتقديم الكفيل به ، وبشرط وصف خاص فى المبيع ، ونحو ذلك ، وهذا شرط صحيح أيضا يجب الوفاء به (٣) شرط ليس فى مصلحة العقد ، ويورث غرراً يؤدى إلى التنازع أو فيه منع لمقتضى العقد الذى أقره الشارع الاسلامى ، كشرط قرض مع بيع ، وكشرط ألا يتصرف المشترى فى المبيع ببيع ونحو ذلك من الشروط التى تؤدى إلى نزاع ، أو فيها ما يمنع بعض ما جعله الشارع مقتضى للعقد ، وهذا النوع من الشروط غير صحيح ، واقترانه بالعقد يفسده (٤) وشرط ليس فيه نفع لأحد يستحق الانتفاع ، وهذا شرط لاغ لا يضير العقد ، ولا يفسده ، ولا يجب الوفاء به »[1] .

وهذا التقسيم يتلاقى فى أكثر نواحيه مع تقسيم الحنفية للشروط ، ولكن الشافعية أجازوا من الشروط فى البيع ما لم يجزه الحنفية ، فأجازوا البيع بشرط العتق ، وهم فى ذلك يتفقون مع المالكية ، فانهم يجيزون ذلك أيضا ، وقد نوهنا اليه فيما مضى ؛ اذ ذكرنا أنهم يقولون ان الشرط الذى يكون زائداً على مقتضى

(١) ملخص من شرح الوجيز الجزء الثامن ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ طبعة جماعة العلماء .

العقد ، وفيه قربة عاجلة يصح ، ويلزم ، والعتق قربة بلا ريب .

١٥١ — هذه هى المذاهب الثلاثة مذهب أبى حنيفة ومالك والشافعى رضى الله عنهم ، وهى تشترك جميعها فى أنها تقيد باب الشروط بقيود تختلف اختلافا يسيراً فى السعة والضيق ، ولكنها تتقارب فى جملتها . أما مذهب الامام أحمد بن حنبل فهو أوسع رحابا ، وأخصب جنابا بالنسبة للشروط ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى ، إذ بينا أن الأصل عند أكثر الحنابلة فى الشروط وجوب الوفاء بها إلا ما قام دليل من الشارع على عدم صحته ، ولذلك حكموا بصحة كل الشروط ، ولكنهم استثنوا نوعين منها حكموا بفسادها ، لورود الأدلة الشرعية بذلك (أحدهما) كل شرط فى عقد يتضمن انشاء عقد جديد ، كأن يبيع عيناً لامرأة بشرط أن تتزوجه ، أو يبيع شيئا بشرط أن يعقد عقد صرف فى الثمن ، فان هذه شروط تتضمن عقداً جديداً ، وقد ورد النهى عن صفقتين فى صفقة [1] ، (ثانيهما) أن يشترط شرطا فيه منع العاقد من الانتفاع بما أثبته له من حقوق ، كالبيع بشرط ألا يهب ونحو ذلك ، فهذه شروط فاسدة قيل أنها تفسد العقد عند الحنابلة ، وفى رواية أنها لا تفسده ، وقيل انها المنصوص عن أحمد ، فعلى ذلك يكون العقد صحيحا ، والشرط لاغيا ، وقد ثبت ذلك بدليل شرعى ، وهو القياس على حديث بريرة المشهور الذى قال فيه النبى صلى الله عليه وسلم « مابال رجال يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله » وقد تقدم .

هذه خلاصة اتجاهات الفقهاء فى الشروط ، واذا لاحظنا ما فيها من قيود فى الجملة ، ورجعنا عند ملاحظة هذه القيود الى القواعد التى ذكرناها فى باب حرية التعاقد السابق ، وهى قاعدة احترام ما يجرى به العرف ، وقاعدة الاستحسان ، وقاعدة للمصالح المرسلة أمكننا أن نأخذ من مذاهب السابقين بالنسبة للشروط طريقا وسطا لا ترهقه القيود ، ولا تمنع فيه المصالح التى يراها الناس ، ولا يمنعها الشرع ، والله عليم خبير .

---

(١) ويلاحظ أن الحنفية لا يعتبرون كل شرط زائد على مقتضى العقد ، وفيه منفعة لشخص صفقتين فى صفقة كالحنفية ، بل ان ذلك خاص بحال ذكر عقدين فى عقد .

صيغة العقد ومقدار اتصالها بآثاره

§ ١٥٢ — الصيغة التى يكون بها العقد قد تكون منشئة له غير مؤخرة لآثاره وأحكامه ، بل توجد الآثار بمجرد تمامها ، وقد تكون منشئة للعقد فى الحال ، ولكنها تؤخر أحكامه الى المستقبل ، وقد تكون غير منشئة للعقد نفسه فى الحال ، بل من شأنها أن تؤخر وجوده الى المستقبل ، وعلى ذلك تكون للصيغة ثلاث أحوال ، ويسمى العقد فى الأولى منجزا ، وفى الثانية مضافا الى المستقبل ، وفى الثالثة معلقا .

ا — فالعقد المنجز ما كان بصيغة من شأنها أن تفيد وجود العقد وأحكامه فى الحال ، أى بمجرد تمامها ، كالبيع والنكاح ونحو ذلك ، فانهما لا ينعقدان إلا بصيغ تفيد وجود العقد وأحكامه فى الحال .

ب — والمضاف الى المستقبل ما كان بصيغة تفيد وجود العقد فى الحال ، ولكن تفيد بذاتها أيضا تأخر أحكامه الى المستقبل ، كمن يعقد عقد إجارة دار لسكناها على أن تبتدىء السكنى بعد شهر من وقت العقد ، وكمن يقول لعبده أنت حر غداً على اعتبار أن العقد قد ينشأ بارادة منفردة ، فالعقد فى هذه الحال ينشأ ، ولكن أحكامه كلها تؤخر الى المستقبل ، وهو الزمن الذى يبين فيه ابتداء تنفيذ أحكام العقد ، ولذا لو اشترط فى الاجارة المضافة الى زمن مستقبل تعجيل الأجرة ، لم يلتفت الى هذا الشرط ؛ لأنه يهدمه ويلغيه اضافة العقد الى المستقبل ، إذ تلك الاضافة تقتضى ألا يثبت شىء من أحكام العقد إلا بعد حلول ذلك الزمن الذى أضيف اليه ، وفى اشتراط تعجيل الأجرة تنفيذ وتعجيل لأحكامه عن وقتها ، فلا يلتفت اليه .

ولذا يقول الفقهاء أن العقد المضاف الى المستقبل ينعقد سببا فى الحال ، ولكن السببية لا تعمل عملها إلا فى المستقبل [١] .

---

(١) قد يبدو بادى الرأى أن اضافة العقد كاشتراط الخيار فيه ، أو أن العقد المضاف كالعقد الموقوف ، لأن كليهما ينعقد فى الحال ، وتؤخر الأحكام الى الاستقبال ، اذ تؤخر فى الموقوف الى الاجازة وفى المشروط الخيار الى سقوطه ، ولكن يفرق بين العقد المضاف وبين العقد الموقوف والمشروط فيه الخيار بأمرين (أحدهما) أن تأخير الأحكام فى العقد المضاف =

ج — والعقد المعلق ما كان بصيغة ترتب وجود العقد على أمر يوجد في المستقبل ، كمن يقول ان جاء ابني من السفر سالما تصدقت بكذا ، أو ان ثبت ما يدعيه ابراهيم على محمد من دين فأنا الكفيل بأدائه ، أو ان بلغ ثمن قنطار القطن أربعة جنيهات فمحمد وكيل بيبع قطني ، ففي كل هذه الصور لم يوجد العقد في الحال ، بل الصيغة تفيد احتمال وجوده في المستقبل ، فلا تجب الصدقة إلا بعد حضور إبنه سالما ، ولا تنعقد الكفالة إلا بعد إثبات الدين ، ولا تكون الوكالة إلا اذا بلغ ثمن قنطار القطن أربعة جنيهات ، وما لم يوجد أمر من هذه الأمور لم يوجد عقد ، وعلى ذلك يكون الفرق بين تعليق العقد واضافته إلى المستقبل أن تعليق العقد يقتضي ألا يوجد ، حتى يوجد الأمر الذي رتب وجوده عليه ، فمن قال لامرأته أنت طالق ان دخلت دار فلانة ، فلا يثبت طلاقه ، حتى يوجد الدخول ، أما اضافة العقد الى المستقبل فتقتضي وجوده في الحال ، ولكن أحكامه هي التي تؤخر الى المستقبل ، فالعقد المضاف موجود بمجرد تمام الصيغة ، أما العقد المعلق فلا يوجد ، ولا ينعقد سبباً لأحكامه إلا بعد وجود الأمر الذي رتب وجوده عليه ؛ ولذا يقولون إن العقد المعلق قبل وجود الأمر المعلق عليه سبب لأحكامه اسما فقط ، وليس سببا فعليا ولا حقيقة ، لأن تأثيره في إثبات الأحكام لا يكون الا بعد وجود الشرط المعلق عليه ، أما المضاف فهو مؤثر في وجود الأحكام واثباتها ، ولكن يتأخر وجودها الى الزمن الذي أضيفت اليه .

= يكون من ذات الصيغة المنشئة للعقد ، لا من أمر خارج عنها بخلاف العقد مع خيار الشرط والعقد الموقوف ، فان تأخير الحكم فيهما ليس ناشئا عن الصيغة المنشئة ، ولكن من أمر زائد عليها في خيار الشرط ، ومن أمر خارج عنها في البيع الموقوف (ثانيهما) أن العقد المضاف أحكامه لا يمكن أن تثبت قبل الزمن المضاف اليه بحال من الأحوال . أما العقد المشروط فيه الخيار ، أو الموقوف ، فانه بابطال خيار الشرط أو باجازة العقد تكون الأحكام ثابتة من وقت العقد ، بمعنى أنها تثبت مستندة الى وقت العقد وانشائه ، أو على حد تعبير علماء القانون يكون له أثر رجعي ؛ لأن ابطال الشرط تقرير للعقد من وقت وجوده تقريرا تثبت معه كل أحكامه ، فتثبت من وقت العقد ، واجازة العقد الموقوف كذلك . أما العقد المضاف فأحكامه لا تثبت الا من وقت حلول الزمن المضاف اليه ؛ لأنه لا يوجد سبب لثبوتها قبل ذلك ، راجع فيها مرآة الأصول الجزء الثاني ص ٤٠١ ، ٤٠٢ .

١٥٣ — والتفرقة بين العقد المعلق والمضاف هي مذهب الحنفية والمالكية ، أما مذهب الشافعي وأصحابه فلا يفرق بين العقد المعلق والعقد المضاف ؛ إذ كلاهما ينعقد سببا في الحال ، ولكن تتأخر الأحكام إلى المستقبل في كليهما عند الشافعي،لأنه موجود بمجرد وجود الصيغة ، والتعليق أثره فقط في تأخير الأحكام، وظهور الآثار واستقرار الالتزام [1] ، وقد استدل الشافعي لرأيه هذا بأمرين : (أحدهما) أن الصيغة التي فيها تعليق على شرط كقول الكفيل إن ثبت دين محمد على ابراهيم فأنا كفيل به ، الموجب للعقد فيها هو الجزاء أي الجواب ، فالموجب لعقد الكفالة في مثالنا عبارة : « أنا كفيل به» فهذه العبارة هي المنشئة لعقد الكفالة ؛ إذ لو صدرت من غير تعليق لأنشأت الكفالة في الحال ، ووجود الشرط بجوارها لا يزيل كونها سببا ، ولكنه يؤخر الحكم والأثر فقط ؛ لأننا لو قلنا انه يزيل كونها سببا ما انعقدت كفالة بعد ذلك ؛ إذ لو انعقدت لكانت بغير سبب يؤثر في انشائها ووجودها ؛ فقد أزال التعليق السببية مما يصلح لها من الصيغة ، وذلك باطل ، إذ من المتفق عليه أنها سبب بيقين عند وجود الشرط المعلق عليه ؛ وان قلنا ان الشرط لا يزيل السببية ولا يؤخر الأحكام كان التعليق على الشرط لغواً ، وذلك باطل ، لأن للتعليق قصداً قصده المتكلم المنشيء للالتزام بذلك القول ، واذا بطل كون الشرط يزيل السببية و بطل كونه لا أثر له ، فلم يبق إلا أنه لا يزيل السببية ولكن يؤخر الالتزام ، وعلى ذلك يكون

---

(١) وقد ابنى على هذا الخلاف في العقد المعلق بين الشافعية والحنفية خلاف في مسائل منها أن تعليق الطلاق على الزواج يصح عند أبي حنيفة ولا يصح عند الشافعي ، لأن الطلاق المعلق يوجد في الحال ، ولكن يؤخر أثره الى المستقبل ، واذا كان يوجد في الحال فلا بد أن تكون المرأة صالحة له في الحال بأن تكون زوجة بالفعل ، والحنفية الذين قالوا إن العقد المعلق لا يوجد الا عند وجود الشرط قالوا إن التعليق يصح ، لأن شرط المحلية يكون عند الانعقاد وهو وجود الشرط ، ومنها أنه يجوز الالتزام الذي أوجده العقد المعلق قبل وجوده عند الشافعي ، ولا يجوز عند أبي حنيفة وأصحابه ، فاذا قال شخص لله على نذر أن أتصدق بكذا إن نجح ابني في امتحانه ، يصح أن يتصدق قبل الامتحان ، ويجزيء عن الواجب بعد النجاح ، عند الشافعي ، ولا يجزيء عند الحنفية .

العقد المعلق منعقدا فى الحال ، وحكمه يتأخر إلى وقت وجود الشرط (ثانيهما) أن العقد المعلق إذا صدر من صحيح سليم القوى ثم جن قبل حصول الشرط ، وحصل الشرط بعد ذلك وقع الالتزام المعلق ، ووجد ، فاذا قال صحيح سليم القوى لزوجته أنت طالق إن زرت فلانة ، ثم جن ، فزارتها بعد جنونه وقع الطلاق ، وهـذا دليل على أن المعلق ينعقد سببا بمجرد وجوده ، إذ لو كان انعقاده متأخراً إلى وجود الشرط ما انعقد فى هذه الصورة ، لأن العاقد ليس أهلا للانعقاد فى وقته ؛ إذ المجنون ليس أهلا لأن يصدر عنه العقد وقت جنونه .

وقد استدل للحنفية بأمرين أيضاً [1] : (أحدهما) أن الجواب ليس هو وحده السبب فى وجود الأحكام إذا اتصل بالشرط فى الجملة المفيدة للتعليق ، بل يصير جزءاً من هذه الجملة لا يفيد وحده الفائدة ، وانما يفيدها التركيب كله ، فاذا قال شخص ان ثبت الدين كنت الكفيل بأدائه لاتكون عبارة كنت الكفيل بأدائه هى السبب فى وجود الكفالة وأحكامها وحدها ؛ لأنها فى هذه الحالة صارت جزءاً من تركيب ، والتركيب كله هو الذى ينعقد سبباً مقصوداً مؤدياً للمعنى المفهوم من مجموعه لامن أجزائه ، هكذا تقول اللغة وعلماؤها ، وهكذا يقصد المتكلمون ، فقصر الدلالة على أحد جزءى الكلام ليس ممـا يتفق مع مقاصد المتكلمين ، ولا مع ما يقرره اللغويون ، وإذن يجب فهم الكلام على أساس أن الجملة الشرطية كل أجزائها متساوية فى الدلالة على مضمونها ، مقدمها وتاليها فى ذلك سواء . والجملة الشرطية فى مجموعها تفيد وجود الجزاء عند وجود الشرط ، فتفيد إذن وجود العقد عند وجود الأمر المعلق عليه ، فقبل وجود ذلك الأمر لم يوجد عقد .

(ثانيهما) أنه لا يمكن أن يقال إن العقد وجد وتأخرت أحكامه ؛ لأن تأخير الأحكام معناه تأجيلها إلى زمن تتحقق فيه وتثبت ، والحال عند التعليق ليست كذلك ، إذ الحال عند التعليق أن الأمر الذى علق العقد عليه قد يوجد ،

---

(١) اعتمدنا فى هذه الأدلة وأدلة الشافعى على كتاب كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام الجزء الثانى ص ٥٩٢ وما يليها ، وقد تصرفنا فى توجيهها .

وربما لا يوجد ، ففي حال وجوده لا مانع من أن نقول إن العقد وجد قبل ذلك ، ولكن تأخرت أحكامه إلى حين وجود الشرط ، ولكن في حال عدم وجوده ، بل التأكد من عدم وجوده أيستمر العقد موجودا وحكمه متأخرا ؟ والى أي زمن مع أنه من المؤكد أنه لا يحصل الأمر المعلق عليه ؟ ففي مثال الكفالة السابق إن لم يثبت الدين أيستمر عقد الكفالة موجوداً وحكمها متأخراً إلى غير زمن ، والى غير غاية ؟ وان قلنا إن العقد قد بطل فما الذي أبطله ، وما الذي سلبه معنى السببية التي ثبتت له ؟ لا مخلص من هذا إلا أن نقول إن عدم تحقق الشرط أزال وجود العقد ، وما علمنا في قضايا العقل ، وبداهة الفكر أن عدم شيء يزيل شيئا موجوداً محققا ثابتا ، إلا إذا كان ذلك الموجود قد ارتبط وجوده وعدمه بوجود ذلك الشيء المعدوم ، وذلك يؤدي حتما إلى أن نقول ان وجود الشرط هو السبب في وجود العقد ، وذلك ما لا يقوله الشافعي وأصحابه ؛ لأنهم يفرضون العقد موجوداً قبل وجود الشيء المعلق عليه .

§ ١٥٤ — وليست كل العقود يجوز انعقادها بهذه الصيغ المختلفة ، بل بعضها يصح انعقاده بكل هذه الصيغ ، و بعضها لا ينعقد إلا بصيغة خاصة منها ، ولنذكر في كل صيغة ما ينعقد بها من العقود ، وما لا ينعقد ؛ وأساس الجواز والمنع فيها .

أما صيغة التنجيز ، فهي أعم صيغ العقد شمولا ؛ لأن الأصل أن من يريد التعاقد يقصد إلى وجود العقد وأحكامه في الحال ، ولا يعمد إلى تأخير أحدهما إلا لغاية قد تتفق مع مقتضى العقد الذي هو بصدد انشائه ، وربما لا تتفق ، لذلك كانت العقود كلها تصح منجزة ، ما عدا عقدين ؛ لأنهما في معناهما ومقتضاهما لا يكونان منجزين ، وهما عقد الوصية وعقد الايصاء[1] ، فمعنى هذين العقدين لا يتفق مع التنجيز ؛ فان أحكامهما لا يمكن أن تكون إلا من بعد الوفاة ؛

---

(١) الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت ، والايصاء اقامة الأب وصيا على أولاده من بعد وفاته ، أو اقامة الجد وصيا على أحفاده من بعد وفاته .

ولذلك لا يقبلان التنجيز أصلا ، وغيرهما من العقود يصح أن يكون منجزاً من غير أى استثناء .

§ ١٥٥ — أما الاضافة ، فالعقود تنقسم بالنسبة لانعقادها معها وعدم انعقادها إلى ثلاثة أقسام :

ا — عقود لا تكون إلا مضافة ، وهى عقود الوصية والايصاء ، فان هذه العقود لا تكون إلا مضافة إلى ما بعد الموت ، ولا يمكن أن تكون أحكامها بحال من الأحوال متصلة بانشائها ، وقد بينا ذلك ، غير أنها أحيانا تكون مع الاضافة معلقة على شرط وقد تكون غير معلقة ، ومثالها معلقة الشرط أن يقول شخص ان حكم لى بملكية هذه الدار فهى وصية بعد موتى لفلان ، ففى هذه الحال ، تكون الوصية معلقة على شرط ، واذا تحقق ذلك الشرط ، ووجد العقد بمقتضى ذلك التحقق تؤخر الأحكام إلى ما بعد الموت ، وتكون مضافة اليه .

ب — عقود لا تنعقد بصيغة مضافة ، وهى العقود التى تفيد تمليك الأعيان فى الحال ، وعقد الزواج ؛ وذلك لأن هذه العقود يمكن أن تكون آثارها وأحكامها متصلة بصيغتها ، وما أمكن ذلك فلا بد أن تكون الصيغة مفيدة له لأن تأخير الأحكام عن صيغتها اهمال لهذه الصيغة ، وابقاء لها من غير عمل مدة من الزمان ، وذلك لا يجوز ، فما دام يمكن أن يتصل الحكم بالعقد وجب أن يتصل به ؛ ولأن هذه العقود وضعت شرعا لافادة التمليك أو ما يشبهه فى الحال ، فاذا كانت الصيغة غير مؤدية لذلك فى الحال كانت غير محققة لهذا المقتضى ، فلا تدل على العقد ، فلا ينعقد العقد بها .

ج — عقود يصح أن تكون منجزة ، ويصح أن تكون مضافة الى المستقبل ، وهى عقود التمليكات التى لا يمكن تحقيق مقتضياتها متصلة بصيغتها كالاجارة ، والاعارة ، والمزارعة والمساقاة ، فانها لتمليك المنافع ، والمنافع لا تملك دفعة واحدة ، بل تتحقق ساعة فساعة ، فلا توجد إذن المنفعة المعقود عليها كلها متصلة بالعقد ، واذا كان مقتضى هذه العقود كذلك ، وأنه لا يمكن اتصاله

بصيغة إنشائها صحت مضافة إلى المستقبل ، ومن هذا القسم الذى يصح منجزا ومضافا الى المستقبل عقود الاسقاطات كالعتق والخلع ، والطلاق بشكل عام ، والاطلاقات [١] كالوكالة والقضـاء ، والادارة والاذن فى التجارة ، وعقود الالتزامات بما لم يكن لازما كالـكفالة والحوالة ، فانهما يفيدان التزاما فى معنى التبرع لم يكن لازما ، وصحت اضافة هذه العقود جميعها ؛ لأن مقتضاها لا يوجد عقب انشائها كاملا .

§ ١٥٦ — هذه هى أقسام العقود بالنسبة لانعقادها مضافة الى المستقبل وعدم انعقادها . والعقود بالنسبة للتعليق تنقسم الى ثلاثة :

ا — عقود لا تقبل التعليق مطلقـا ، وهى تشمل كل العقود التى تفيد التمليك سواء أ كانت عقود معاوضة أم عقود تبرع ، وسواء أ كانت لتمليك المنفعة أم لتمليك الرقبة كما يشمل عقود الزواج والخلع والرهن [٢] .

وقد علل فقهاء الحنفية عدم قبول هــذه العقود للتعليق بأن التعليق قمار ؛ لأنه ترتيب وجود العقد على أمر غير موجود فى الحال ، ولـكنه محتمل الوجود فى المستقبل ، فكان انشاء العقد المعلق احتماليا صرفا ، يحتمل الوجود ويحتمل العدم ، وكلاهما متوقف على ما يتكشف عنه المستقبل ، فمن قال إن جاء ابنى من السفر سالمـا ، فقد وهبت لك كذا ، فقد جعل الهبة قابلة للوجود والعدم على حسب ما يكشف عنه المستقبل ، وهو غيب وقت العقد ، وليس هذا إلا قمارا ، وما كانت تلك العقود الباتة بشأنها وكونها ، والتى تفيد الالتزام بحقوق وانشاء أملاك تتفق مع القمار .

---

(١) معنى الاطلاق التمـكين من تصرف ما كان للشخص ، وهذه العقود هى الأمارة والوكالة والقضاء ، وكلها تمكين من تصرف كان ممنوعا .

(٢) وممـا لا يصح تعليقه أيضا التقييدات ، وهى مقـابل الاطلاقات ، كعزل الوكيل ، والحجر على المأذون له فى التجارة . وقد نص الفقهاء أيضا على أنه مما لا يجوز تعليقه الابراء مع أنه فى ظاهره إسقاط ، ولـكن عللوا عدم تعليقه بأنه تمليك للدين لمن عليه الدين فى المعنى فهو داخل فى قسم ما يفيد التمليك من العقود .

وعلل ذلك فقهاء المالكية كما فى الفروق بأن انتقال الأملاك يعتمد على الرضا بالعقد والتزاماته ، ومع التعليق على أمر غير موجود فى الحال ، لا يتحقق الرضا بالعقد ، وآثاره وأحكامه ، ألا ترى أنه ترك الأمر إلى المستقبل وما يكنه له ، فلم يثبت بذلك رضا بأمر مستقر ثابت ، وما بهذا تنتقل الأملاك ، وتثبت الحقوق (١) .

ب — عقود لا تقبل التعليق بكل الشروط ، ولكنها تقبلها بالشرط المتعارف والشرط الملائم ، وهى عقود الكفالة والحوالة والاطلاقات كالاذن للصبى بالتجارة ؛ فهذه العقود تنعقد مع التعليق إن كان الشرط المعلق عليه متعارفا ، أو كان ملائما لمقتضى العقد ، بأن كان يعاون ذلك المقتضى ،ويوثقه أو بينه و بينه ملابسة تجعله غير متنافر معه . وقد فسر بعض الفقهاء الشرط الملائم الذى يصح التعليق عليه بأنه (١) ما كان شرطا للزوم الحق نحو قوله إن استحق المبيع فأنا الكفيل بالثمن (٢) أو كان شرطا لامكان الاستيفاء مثل إن قدم زيد ولم يؤد فعلى ما عليه من الدين (٣) أو شرطا لتعسر أو لتعذر الاستيفاء من الأصيل فى الكفالة أو الحوالة ، كأن غاب زيد المدين عن المصر ، أو أفلس ، أو عجز عن أداء الدين ، فأنا الكفيل بالدين ، أو فالدين على ، ففى هذه الصور الثلاث يكون الشرط ملائماً لمقتضى العقد ، مناسبا لمعناه ، متفقاً أو معاوناً للغرض المقصود منه .

أما تعليق هذه العقود بالشروط غير الملائمة وغير المتعارفة فلا يصح ، كان نجح ابنى فى الامتحان فأنا كفيل بأداء الدين ، فلا ينعقد عقد الكفالة ، لأنه

---

(١) وهذا نص ما جاء فى الفرق : « لا يصح التعليق على الشرط بأن يقول إن قدم زيد فقد بعتك أو آجرتك ، بسبب أن انتقال الأملاك يعتمد الرضا ، والرضا إنما يكون مع الجزم ، ولا جزم مع التعليق ، فان شأن المعلق عليه أن يكون بحيث يعترضه عدم الحصول ، وقد يكون معلوم الحصول كقدوم الحاج وحصاد الزرع ، ولكن الاعتبار فى ذلك بجنس الشرط ، دون أنواعه وأفراده ، فلوحظ المعنى العام دون خصوصية الأنواع والأفراد » اه بتصرف قليل .

راجع الجزء الأول من الفروق ص ٢٢٩ . ويلاحظ أن مذهب مالك رضى الله عنه يجيز التعليق فى التبرعات : راجع (مقالة الشروط والعقود لأستاذنا الشيخ احمد ابراهيم بك) وترى أن تعليل الفروق المذكور يقتضى العموم فى كل أسباب انتقال الملك بالعقد .

لاصلة بين الشرط المعلق عليه ومقتضى العقد .

والتعليل واضح فى عدم جواز تعليق هـذه العقود بالشروط غير الملائمة ، لأن الأصل فى العقود على العموم أن تكون بعبارات جازمة لاتردد فيها ، لأنها تقوم على الرضا ، والرضا لايكون إلا مع الجزم واليقين ، ولأن التعليق يجعل العبارات غير منشئة للعقود فى الحال ، والأصل فى العقود أن تكون بعبارات تدل على الانشاء فى الحال ، وقد بينا ذلك عند الكلام على الألفاظ فى العقود ، ولكن الشرط الملائم فى هذه العقود لما كان يتفق مع مقتضى العقد ، ويناسبه و يتلاقى معه جاز على طريق الاستثناء .

جـ — عقود يصح تعليقها بكل شرط ، سواء أ كان ملائماً لمعناها أم غير ملائم ، وسواء أ كان متعارفا أم غير متعارف ، وذلك يشمل عقد الوصية والايصاء ، وعقد الوكالة ، فان هذه العقود يصح تعليقها بكل شرط ، وفى كل الأحوال من غير قيد ولا شرط . أما الوكالة فلأنها عقد غير لازم ، والعقد غير اللازم لا يجعل لكل واحد من العاقدين قبل الآخر حقوقا لازمة مستقرة ، فساغ لهذا عقده بعبارات غير جازمة قاطعة كالعبارة المعلقة بالشرط . والوصية والايصاء عقدان تتأخر أحكامهما عن صيغتهما حتما ، ولا يمكن إلا أن تكون الاحكامة متراخية عن صيغتهما ، وهما أيضاً عقدان غير لازمين ، لذلك صحا مع الصيغة المعلقة ، لأنه لايتأخر مقتضاها الشرعى بذلك التعليق (١) .

---

(١) يعد الفقهاء من التصرفات الشرعية التى تقبل التعليق الاسقاط التى يحلف بها كالطلاق والعتاق والالتزامات التى يحلف بها وهى النـذور نحو لله على ان شفى ابنى من مرضه هـذا لأتصدقن بكذا وكذا فان هذين النوعين من التصرفات الشرعية يجوز تعليقها بكل شرط من تقييد بكونه ملائما أو غير ملائم .

(تنبيه) اعتمدنا فى باب التعليق والاضافة على كشف الأسرار على أصول فخر الاسـلام ص ٥٩٧ — ٦٠٦ ، ومرآة الأصول ، والبحر الجزء السادس فى متفرقات البيع ، والزيلعى الجزء الرابع فى متفرقات البيع ، وابن عابدين الجزء الرابع ، وجامع الفصولين الجزء الثانى وكتاب المعاملات ، والشروط والعقود لأستاذنا الشيخ احمد ابراهيم بك .

محل العقد

§ ١٥٧ — تكلمنا فيما مضى فى انشاء العقد ، ومكوناته الحسية ، وما وضعه الشارع لها من خواص لكى تنتج آثارها ، وتثمر ثمراتها ، فتكلمنا فى الرضا ، وما يطلبه الفقه الاسلامى فيه ، وتكلمنا فى العبارات الدالة على العقود ودلالتها على ما تكنه النفس ، ثم على حرية المتعاقدين فيما يتعلق بما يريدانه من عقود وشروط ، و بسطنا القول فى ذلك بمقدار ما يتسع له المقام ، و بمقدار ما واتتنا ملابسات الموضوع ، والآن ننتقل الى المعقود عليه ، وهو لب العقد ، إذ هو المشبع لحاجات المتعاقدين ، وهو الغاية من العقد ، ومقصده البين :

قد اتفق الفقهاء المسلمون على حقيقتين يجب توافرهما فى المعقود عليه ، فان لم تتوافرا لم يوجد العقد ، ولم يتكون : احداهما أن يكون المعقود عليه قابلا لحكم العقد ومقتضاه ، وثانيهما أن يكون خالياً من كل غرر يؤدى الى تنازع ، و يفضى الى خلاف ، أو يفضى إلى خدع أحد العاقدين ، بحيث لا يكون عليما بالمعقود عليه على وجهه الصحيح . وقد اتفق الفقهاء على هذين الأصلين ؛ ولكنهم اختلفوا فى تفصيلهما ، وانشعبت آراؤهم فى مدى مايدخل فى عمومهما من جزئيات . ولنتكلم على الأصلين من غير أن نمس مواضع الخلاف إلا قليلا ، فان للتفصيل موضعه فى كل عقد ؛ ونحن هنا نتكلم على القواعد العامة من غير أن نهيم فى التفصيلات .

فأما الأصل الأول ، وهو أن يكون المعقود عليه صالحا لحكم العقد ، فمعناه أن يكون المعقود عليه يمكن تطبيق مقتضى العقد عليه ، و يصلح لاستيفائه منه ، وعلى ذلك لاينعقد بيع المسجد ؛ لأن البيع يقتضى نقل الملكية من مالك الى مالك ، فينتقل المبيع من ملك البائع الى المشترى ، والمسجد لم يكن أولا فى ملك البائع ، إذ هو على حكم ملك الله سبحانه وتعالى ، وثانيا هو مرصود على حال خاصة تشبه حال ما يرصد للمنافع العامة أو هو من هذا النوع من الأموال ، فلا يقبل التمليك مادام على هذه الصفة ، وهى صفة لازمة له لاتنفصى عنه عند الأكثرين

من الفقهاء ، كما لاينعقد البيع إذا كان المبيع مالا غير متقوم ، وكان أحد العاقدين مسلما لعدم قبول المال غير المتقوم لحكم البيع إن تعين مبيعا فيه ، وكان البائع أو المشترى مسلماً ، لأنه إذا كان البائع هو المسلم فملكيته للمال غير المتقوم غير محترمة، ولا يقرها الشارع ، فلا تنتقل منه إلى غيره ، وإذا كان المشترى هو المسلم لايدخل فى ملكيته ذلك النوع من الأموال ، وفى الحالين لايقبل ذلك النوع من المال حكم العقد بين المسلمين أو إذا كان أحدهما مسلماً ، لعدم صلاحيته حينئذ لانتقاله من مالك الى مالك ، وعدم احترام الشارع لملكيته .

ومثل ذلك عقد الاجارة اذا كانت المنفعة المعقود عليها لا يبيحها الشارع فلا تنعقد الاجارة إذا كانت المنفعة المعقود عليها نواح نائحة مثلا ، لأن ذلك النوع من المنافع لم يبحه الشارع الاسلامى ، فلا ينعقد العقد عليها ، لأنها غير قابلة لحكم عقد الاجارة ، اذ هو لاستيفاء المنافع التى هى موضوعه ، فاذا كانت محرمة ، لا يمكن استيفاؤها ، لا تكون قابلة لحكمه ، فلا يصح انعقاده عليها .

ومن هذا الأصل عدم انعقاد الكفالة اذا كان الدين غير قوى ، بأن كان يسقط بالأداء والابراء وغيرهما ، وذلك لأن مقتضى عقد الكفالة أن يطالب الكفيل بالأداء ، ولا تسقط المطالبة عنه الا اذا أدى أو أبرأه الدائن أو أدى الأصيل أو أبرىء من الدين ، فاذا كان الدين يسقط بغير الاداء أو الابراء كمضى مدة معينة أو النشوز أو الطلاق لم يكن قابلا لحكم الكفالة ؛ وهو مطالبة الكفيل حتى يؤدى أو تبرأ ذمته ، اذ فى هذه الحال يجوز ألا يطالب ، مع أن أحدا لم يؤد ولم يبرىء الدائن ذمة أحد .

ومما ينطبق عليه هذا الأصل عدم صحة النكاح إذا كانت المرأة زوجة لشخص أو معتدة لم تنقض عدتها ؛ لأنه فى هذه الحالة لا يمكن تحقيق مقتضى هذا العقد ، إذ موضوع هذا العقد ايجاد حياة بين الرجل والمرأة تقوم على العشرة الحسنة ، والمودة وسكن النفس ، وتناسل الذرية وتعهدها بالرعاية لتنبت نباتاً حسنا ، وذلك كله يقتضى الفراغ من الأزواج فاذا كانت المرأة لا تزال مشغولة

بزيجة سابقة أو تكون هناك زوجية قائمة فلا يكون محل العقد قابلا لحكم العقد : لأن مقتضى هذا العقد اباحة تلك الحياة ، فاذا كانت مشغولة بأمر الشارع ، فلا تتحقق الاباحة ، حتى تخلو من الأزواج .

§ ١٥٨ — وقد فرض أكثر الفقهاء أن المعدوم لا يصلح أن يكون محلا للعقد ، لأنه لا يقبل أحكام أى عقد ؛ لأن الأحكام والآثار أوصاف شرعية يقدرها الشارع فى محل موجود ، اذ المعدوم لا يقبل أوصافا ذاتية وجودية ، فالملكية سواء أكانت ملكية عين أم ملكية منفعة معنى من المعانى يقتضى شيئا موجودا مستقراً ثابتا يقوم به ؛ وعلى هذا الأساس المنطق بنى أبو حنيفة وبعض من الفقهاء الحكم بعدم صلاحية المعدوم لأن يكون محلا للعقد ، سواء أكان معدوما ليس قريب الوجود ، أم كان معدوما قريب الوقوع على خطر الوجود والاحتمال ؛ غير أنهم ما حكموا ذلك الحكم معتمدين على هذا الفرض حتى وجدوا عقوداً كثيرة قد وردت الآثار من الشارع بصحتها مع أن محلها فى ذاته معدوم وقت العقد ، وجدوا الشارع قد أقر عقد الاجارة مع أن المنفعة وهي محل العقد غير موجودة وقت العقد ، وأقر عقد السلم مع أن محل العقد ، وهو المبيع غير موجود وقت العقد ، والاستصناع مع أن المصنوع ، وهو محل العقد غير موجود وقت العقد ، وهكذا كثير من العقود ، فحكموا بأن هذه العقود غير قياسية ، ولكنها عقود استحسانية ، أو على حد تعبير القانونيين عقود استثنائية ، ولكن ذلك القول لا يستقيم ؛ لأن الاستثناء لا يكون بهذا القدر من العدد ، والاستحسان لا يكون على هذا النحو . بل الأولى تعديل الفرض ، والنظر فى هذا الحكم ، وهو أن المعدوم لا يصلح محل عقد — نظرة فاحصة كاشفة ، وتخصيص عمومه ليتسع لعدد من العقود أكثر مما وسع (١) .

ولقد كان مذهب مالك أقل تمسكا بشرطية وجود المعقود عليه ؛ لينعقد

---

(١) اننا لو خصصنا قضية عدم صلاحية المعدوم لأن يكون محلا للعقد بعقود التمليك التى تقتضى القبض فى المجلس كعقد الصرف ، وعقد الهبة لكانت القاعدة مستقيمة لا استثناء فيها عند أبى حنيفة وأصحابه .

العقد ، فأجاز العقد على معدوم سيوجد إذا كان العقد عقد تبرع كالوقف والهبة ، ولم يجز العقد إلا على موجود فى عقود المعاوضات ، ولو كان سيوجد ؛ لأن ذلك يؤدى الى الغرر والقمار فى عقود المعاوضــات ، بينما لا يؤدى إلى ذلك فى عقود التبرعات ؛ لأن المتبرع غير ملزم فيها ، وما عليه من سبيــل ، فيقبل منه التبرع بالموجود والمعدوم الذى سيوجد ، ويكون هذا وذاك منه سائغين [1] .

١٥٩ — ويرى ابن تيمية أن المعدوم من حيث هو معدوم يصلح محلا للعقود كلها ، واذا عرض له عدم الصلاحية ، فليس ذلك لأنه معدوم ؛ بل لأن فيه غرراً وجهالة تفضى إلى نزاع أو قمار ؛ ولذايقول : ان المعدوم فى ذاته يصح أن يكون محلا للبيع مع اتفاق مالك وأبى حنيفة على عدم صلاحيته فى الجملة . وهو يقول فى ذلك : « ليس فى كتاب الله ، ولا سنة رسوله ، بل ولا عن أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز ، لا بلفظ عام ، ولا بمعنى عام ، وانما فيه النهى عن بيع بعض الأشياء التى هى معدومة كما فيه النهى عن بيع الأشياء التى هى موجودة ، وليست العلة فى المنع لا الوجود ولا العدم ، بل الذى ثبت فى الصحيح عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر ، والغرر ما لا يقدر على تسليمه ، سواء أكان موجودا أم معدوما كالعبد الآبق والبعير الشارد ، ونحو ذلك مما لا يقدر على تسليمه ، بل قد يحصل وربمــا لا يحصل ، وهو غرر لا يجوز بيعه ، وان كان موجودا ؛ فان موجب البيع تسليم المبيع ، والبائع عاجز عنه ، والمشترى انما يشتريه مخاطرة ومقامرة ، فان أمكنه أخــذه كان المشترى قد قمر البائع ، وان لم يمكنه أخذه كان البائع قد قمر المشترى ، وهكذا المعدوم الذى هو غرر ، نهى عن بيعه لكونه غررا لا لكونه معدوما ، كما اذا باع ما يحمل هــذا الحيوان أو ما يحمل هذا البستان ، فقد يحمل وربما لا يحمل ، واذا حمل فالمحمول لا يعرف قدره ولا وصفه ، فهذا من القمار وهو من الميسر الذى نهى الله عنــه ، ومثل هذا أكراء

(١) راجع رسالة الشروط والعقود ، لأستاذنا الـكبير الشيخ احمد ابراهيم بك .

دواب لا يقدر على تسليمها أو عقار لا يمكنه تسليمه ، بل قد يحصل وربما لا يحصل[1] » .

وترى من هذا أن ابن تيمية يرى أن المعدوم يصلح محلا للعقد ، بل يصلح محلا لكل عقد حتى عقد البيع ، ويرى أنه اذا كانت قد وردت الآثار بعدم جواز بيع أنواع من المعدوم فليست العلة فى ذلك كونه معدوما ، بل العلة كونه فيه غرر وجهالة تؤدى الى قمار ، فالمعدوم الذى لا يصلح محلا لبعض العقود فى داخل باب الغرر الذى لا تصح معه العقود .

§ ١٦٠ — ولننتقل الى الأصل الثانى الذى يمنع وجوده صلاحية الشىء لأن يكون محلا للعقد ، وهو الغرر ، ومعناه أن يكون فى المعقود عليه جهالة بحيث يصعب تعيينه ، أو يكون المعقود عليه مترددا بين حالين يتحقق فى احداهما تعيينه ، وفى الأخرى لا يتحقق ، فيكون غير معين كالعقد على الجمل الشارد فى صحراء — عقد بيع ، فانه يمكن العثور عليه فيستحق وجوده ، ويحتمل ألا يعثر عليه ، فلايتحقق وجوده فيكون ثمة غرر ، فالغرر يرجع الى الجهالة اما جهالة المعقود عليه وأوصافه ، أو جهالة حاله من الوجود أو العدم .

فاذا كان فى المعقود عليه غرر من أى نوع كانت الجهالة لم يصلح أن يكون موضع عقد ، وذلك أصل متفق عليه لتضافر الآثار بالنهى عن الغرر ، وعن بيع وغرر ، ولأن الجهالة فى المعقود عليه تفضى الى نزاع بحيث لا يمكن الاتفاق ، ولأن المعقود اذا احتمل حالين ، ولم يستيقن باحداهما عند العقد كان ذلك قمارا وميسرا ، فمن باع جملا شاردا كان مقامرا ، لأنه اما أن يخسر ان عثر المشترى على الجمل ، اذ قد باعه بأقل من ثمنه موجودا فى يده وقت العقد ، وان لم يعثر المشترى عليه كسب ؛ لأنه أخذ مالا فى نظير شىء ثبت أنه غير موجود ، وكذلك الحال بالنسبة للمشترى .

---

(١) راجع القياس فى الشرع الاسلامى ص ٤٠ .

والجهالات فى المعقود عليه قسمان : جهالة فاحشة لا تغتفر ، ولا يصح معها العقد ، وجهالة يسيرة ينعقد معها العقد ، فجهالة النوع كأن يقول بعتك حيوانا من غير أن يبين نوعه أهو من الجمال أم الشاء — جهالة فاحشة لا ينعقد معها العقد ، أما جهالة الوصف من نحو جيد أو ردىء كأن يبيع قمحا يبين نوعه ولم يبين وصفه ، جهالة يسيرة ينعقد معها العقد .

وفى كون الجهالة يسيرة أو فاحشة يجرى تنازع الفقهاء فمثلا اذا تبايع شخصان وكان محل البيع واحدا من ثلاثة أشياء يختاره المشترى من بينها على أن يكون ذلك فى مدة معلومة ، فبعض الفقهاء اعتبر ذلك جهالة فاحشة فى المعقود عليه ، فلم ينعقد العقد فى نظره ، و بعضهم اعتبر هذه الجهالة يسيرة فجاز العقد ووجب على المشترى أن يختار أحد هذه الأشياء الثلاثة [1] .

١٦١ — ولم يكن اختلاف الفقهاء فقط فى نوع الجهالة أهى فاحشة أم يسيرة ، بل اتسع أفق الخلاف الى أكثر من ذلك ، فقال أبو حنيفة والشافعى إن كل العقود لاتصح مع جهالة المعقود جهالة فاحشة . أما مالك فقد قال إن بعض العقود تصح مع جهالة المعقود عليه جهالة فاحشة ، و بعضها لا يصح ، وقسم العقود الى ثلاثة أقسام :

(١) القسم الأول المعاوضات الصرفة التى من شأنها أن يقصد بها تنمية المال كالبيع ، والشراء ، والاجارة ، والسلم ، وغير ذلك من عقود المعاوضات ، والجهالة الفاحشة فى المعقود عليه فيها تبطل العقد ، وذلك لأن هذه العقود تجرى فيها المماكسات ، فلابد من تعيين المعقود عليه تعيينا ينتفى معه كل نزاع ، أوما يؤدى اليه ، ولأنه إذا لم يكن المعقود عليه محقق الوجود معلوما بالخواص المعرفة له كان أحد العاقدين قد بذل مالا ، بقصد أن ينال عوضا ، ومع ذلك لم يعرف العوض ، ولم يستوثق من حاله ، فلم يكن ذلك عدلا ومساواة ، بل يكون ميسرا وقمارا .

(١) راجع تهذيب الفروق الجزء الأول ص ١٧٠ .

(٢) القسم الثانى عقود هى احسان صرف ، لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة ، والابراء ، وهى تصح بالمعلوم والمجهول ، والمحقق الوجود وغير المحقق ، وذلك لأن الشارع حث على الاحسان فتوسع فيه بكل الطرق معلومها ومجهولها تيسيراً للمحسنين ، وتكثيرا للاحسان ، ولأنه لا ضرر يقع على العاقد الآخر ؛ لأنه لم يبذل شيئاً ، فمن يوهب له جمل شارد إن عثر عليه فقد نال خيرا كثيراً ، وان لم يعثر عليه لم يحصل له ضرر ؛ لأنه لم يبـذل قليلا ولا كثيرا . ولا شيء فى ذلك يؤدى إلى المشاحة والخلاف ؛ لأنه ما على المحسنين من سبيل ، ويقول صاحب الفروق فى ذلك : « وهذا فقه جميل ، ثم ان الأحاديث لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام ، حتى نقول : يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع ؛ بل انما وردت فى البيع ونحوه » ، فتقتصر عليه وعلى ما يشبهه وهو عقود المعاوضات .

(٣) القسم الثالث تصرفات لم يكن المـال فيها جاريا مجرى المعاوضات الصرفة ولا مجرى البذل الصرف ، كالمهر فى النكاح ، فالمال فيه ليس مقصودا ، وانما المقصود منه المودة والألفة والسكون ، ومن هذه الجهة يكون المال كالبذل . فتصح التسمية مع الجهالة ، ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط المال بقوله تعالى : « أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » يكون كالعوض فيقتضى هذا عدم صحة التسمية مع الجهالة والغرر ، فلوجود الشبهين توسط مالك رضى الله عنه وجوز بعض الغرر كتسمية حيوان وبيـان جنسه من غير بيان وصفه ويحمل على الوسط ولم يجز الغرر الذى لا ضابط له [1] ، ولا وسط له يمكن الاعتماد عليه مثل البعير الشارد والعبد الآبق ؛ لأنه لا ضابط يمكن الاعتماد عليه ، وبه يزول الغرر .

(١) الفروق للقرافى الجزء الأول ص ١٥٠ ، ١٥١ وتهذيب الفروق للشيخ محمد على الجزء الأول ص ١٧٠ ، ١٧١ .

العاقـــــــــد

§ ١٦٢ — كلام العاقدين هو ركن العقد المكون له ، فهما المنشئان للعقد ، والشارع يرتب عليه الآثار ، على حد ما بينا فيما مضى ، ومن الناس من يعتبر كلامه لغواً فى العقود ، فلا تنعقد به ، ومن الناس من يكون لكلامه أثر محدود فى تكوين بعض العقود ، وهو مقيد بارادة غيره ، ومن الناس من يكون كلامه مطلق الأثر فى تكوين العقد ، لا تقيده ارادة غيره ، ولا تتعلق عقوده عليها . وان اختلاف أحوال الناس ذلك الاختلاف يقوم على توافر عنصرين ، وعدم توافرهما ، وهما الأهلية ، والولاية . ولنتكلم على كل واحد منهما بكلمة تجلى معناه وتبين أقسامه ، وتوضح أحكامه مع الايجاز .

الأهلية

§ ١٦٣ — الأهلية معناها فى الشريعة صلاحية الشخص للالزام والالتزام بمعنى أن يكون الشخص صالحا لأن تلزمه حقوق لغيره ، وتثبت له حقوق قبل غيره ، وصالحا لأن يلتزم بهذه الحقوق ، فاذا صار الشخص أهلا لثبوت الحقوق المشروعة له ، وثبوت الحقوق المشروعة عليه ، وأهلا لأن يلتزم بحقوق ينشىء أسبابها القولية ويوجدها ، كانت عنده الأهلية بجزئيها ، أو كان عنده ما يسمى فى عرف الفقه أهلية الأداء .

واذا كان أهلا لأن تثبت الحقوق المشروعة له وعليه فقط ، من غير أن يكون أهلا لأن ينشىء حقوقا ويلتزمها ، وبعبارة أخرى من غير أن يكون أهلا للمعاملة بين الناس ، كان عنده جزء من الأهلية ، ويسمى ذلك الجزء أهلية الوجوب ؛ فأهلية الوجوب إذن هى صلاحيـة الشخص لأن تثبت له أو عليه الحقوق المشروعة ، وأهلية الأداء تتضمن فوق ما تقدم صلاحية الشخص للمعاملة واستعمال الحقوق الثابتة له والتصرف فيها ، فلا شك أن أهلية الأداء لا تثبت من غير أهلية الوجوب ؛ إذ هى من لوازمها ، فلا يكون الشخص صالحا للمعاملة وانشاء أسباب الالتزامات ، وأسباب الحقوق ، إلا إذا كانت قد ثبتت له الصلاحية

لثبوت الحقوق المشروعة له أو عليه ، فأهلية الأداء يدخل فى ضمنها بطريق التضمن أهلية الوجوب ، فلا تثبت أهليـة الأداء لشخص من غير أن تثبت له أهلية الوجوب ، وقد تثبت أهلية الوجوب من غير أن تثبت أهلية الأداء(١) .

§ ١٦٤ — وعلة أهلية الوجوب التى تتحقق بوجودها وتنتفى بعدمها ، هى وجود الانسان ، فالانسان بمجرد وجوده تتحقق له أهلية وجوب كاملة أو ناقصة سواء أكان بالغا أم صبيا ، وسواء أكان رشيدا أم غير رشيد ، وسـواء أكان ذكراً أم أنثى ، وسواء أكان حراً أم عبداً (٢) . و إن تلك الأهلية تستمر له الى أن يموت ، و يقول بعض الفقهاء انها تستمر له الى أن تؤدى عنه ديونه بعد الوفاة .

ولقد فرض أكثر الفقهاء أمراً اعتباريا سموه الذمة ، تتعلق به تلك الأهلية؛ وتتصل بها الواجبات ، ويكون محلا لثبوت الالتزامات ، فالذمة أمر تقديرى اعتبارى ، فرض موجودا ليكون محلا للديون وسائر الالتزامات والتكليفات ، و بعبارة عامة إن الذمة يقدر وجودها ليكون الانسان صـالحا للالزام والالتزام ، وليس ذلك بأمر غريب فى قضايا الشرع والقانون ، فكثير من الأمور الشرعية

(١) على ذلك تكون العلاقة المنطقية بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء العموم والخصوص المطلق ، كالعلاقة بين الحيوان والانسان ؛ لأن الأفراد الذين تثبت لهم أهلية الوجوب يدخل فى عمومهم من تثبت لهم أهلية الأداء ، فكل من عنده أهلية أداء عنده أهلية وجوب ، ولا عكس ، فأهلية الوجوب أعم أفراد ، اذ قد يوجد من عنده أهلية الوجوب ، وليس عنده أهلية الأداء ، ولا يوجد من عنده أهلية الأداء ، وليس عنده أهلية الوجوب .

(٢) يلاحظ القارىء لكتاب نظرية العقد للأستاذ الكبير الدكتور السنهورى بك (مع دقته) تسامحا فى التعبير فى الأهلية فى نقطتين (احداهما) أنه فى النبذة رقم ٣١٧ عرف أهلية الوجوب تعريفا ناقصا فذكر أنها صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق ، ولم يذكر العنصر الآخر ، وهو صلاحيته لأن تكون عليه حقوق ، وذلك نقص ، ولقد ذكر الأمثلة كلها لأهلية الوجوب من هذا القبيل مع أنه نقل فى النبذة ٣١٨ تعريف أصول الفقه وتعريف فتحى زغلول باشا ، وهما يفيدان العموم ، وليس فيهما نقص (الثانية) أنه اعتبر الرق معدما لأهلية الوجوب فى القوانين التى اعترفت بالرق ، مع ان الشريعة الاسلامية من القوانين التى لم تمنع الرق ، والرقيق فيها غير فاقد أهلية الوجوب فله أن يتزوج باذن سيده ويطلق ، وان جنى النفس منه ، وان أتلف ضمن ، وتلزمه الديون وتؤخذ من كسبه ان كان كسوبا ، ويباع فيها ان لم يكن كسوبا ، وهذا كله لا يكون الا اذا كان عنده أهلية وجوب وان لم تكن كأهلية الحر .

والقانونية أمور تقديرية فرض الشارع وجودها ، فالملك فى الأشياء المملوكة ليس أمراً محسوساً وموجوداً حقيقياً ، ولكنه شىء مفروض مقدر ، وكذلك الرق والحرية أمران مقدران ، وليسا بصفتين ذاتيتين للأحرار والعبيد ، وإنما مؤدى الملك والحرية والرق هو تعلق أحكام مخصوصة تقدر هذه الأمور محلا لها ، وكذلك الزوجية بين الزوجين أمر مقدر فرضه الشارع ، وتعلقت به أحكام خاصة ، وعلى هذا النحو فرض أكثر الفقهاء الذمة ، لتكون محلا للحقوق المشروعة التى تجب على الشخص ، والحقوق التى تجب له ؛ وذلك لأن تلك التكليفات لا يصلح العقل محلا لها ؛ لأن أهلية الوجوب تثبت للمجنون وللصبى فى المهد ، بل للحمل المستكن ، متى ثبت وجوده بيقين ونزل حيا ؛ فانه يوصى له ، و يوقف عليه ، ويستحق فى الغلات ويرث ، وكل هؤلاء لا عقل لهم ، فلم يبق ألا أن نفرض أمراً يناط بالانسانية نفسها ، فكان الذمة ؛ وإن قيل يقدر العقل فيهم لوجود الاستعداد وتناط به الحقوق والواجبات رد عليه بأن تقدير العقل موجوداً فيهم لا يقل بعداً عن فرض الذمة وتقديرها .

ويرى بعض العلماء أنه لا حاجة — الى فرض الذمة وتقديرها ؛ إذ يكفى أن الشارع مكن للدائن من الاستيفاء من المدين ، وأمر الشارع وتمكينه هما مناط الالزام والالتزام [1] ولقد رد عليه صاحب كشف الأسرار رداً عنيفا ، وانا لنرى أن الأمر فى شأنها أقل من أن يكون موضع خلاف ، إذ الخلاف فيه خلاف لاجداء فيه ولا أثر ، ولا ثمرة له ، بل هو خلاف فلسفى يعد من ملح العلم ، لا من لبه وصلبه .

١٦٥ — ذكرنا فيما مضى أن الانسان تثبت له أهلية من وقت وجوده الى موته ، وأن الأهلية بنوعيها خاصة ببنى الانسان لا تثبت لغيرهم ، ولكن نرى جهات خاصة يثبت لها حقوق ، ويدخل وليها باسمها فى تصرفات كجهات بيت المال

(١) راجع الأهلية وعوارضها لأستاذنا الجليل احمد ابراهيم بك .

وجهة الأحباس والمدارس ، فهل تثبت أهلية الوجوب لهذه الجهات ؟ لا شك أن القانون الحديث يفرض أن لهذه الجهات وما شابهها شخصية معنوية ، فالشركات والمؤسسات التى ترصد فيها الأموال للجهات العامة ، سواء أكانت بطريق الوصية أم بغير طريقها ، لها فى القانون شخصية معنوية يعترف بها ويقرها أكثر القانونيين ، وعلى ذلك تكون لها أهلية وجوب باعتبار هذه الشخصية . أما الشريعة الاسلامية ، فلم يكن فيها ما يسمى الشخصية المعنوية ، ولذلك كان اثبات أهلية وجوب لبيت المال والوقف موضع نظر فى الشريعة ، ولا نجد عبارة ثابتة فى كلام الفقهاء تفيد أن للوقف ونحوه أهلية وجوب ، بل نجد مثلا أن بعض الفقهاء يصرح بأن الوقف لا ذمة له ، فيجىء فى تنقيح الحامدية ما نصه : « المصرح به أن الوقف لا ذمة له ، وأن الاستدانة من القيم لا تثبت الدين فى الوقف ؛ إذ لا ذمة له ، ولا يثبت الدين إلا على القيم ، ويرجع به على الوقف ، وورثته تقوم مقامه فى الرجوع »[1] . وهذا نص يفيد أن المعروف عند الفقهاء أن الوقف لا ذمة له ، واذا لم يكن للوقف ذمة تحل فيها الحقوق والواجبات ، وأن المسئول هو القيم عليه ، فليس له اذن أهلية وجوب ، ويجرى مثل ذلك فى بيت المال ونحوه ؛ ولكن من جهة ثانية نرى أن حقوقا تثبت لهذه الجهات ، وتصرفات تعقد معها يتولاها الناظر ، وليس لشخصيته أثر فيها ، بدليل أنه إذا عزل أتمها من يخلفه فى القيام عليها ؛ وهذه التصرفات الشرعية لا يمكن تخريجها إلا إذا فرضنا للوقف وما يشبهه ذمة منفصلة عن ذمة الناظر ؛ فمثلا من المقرر فقهياً أن الاجارة تبطل بموت المؤجر أو المستأجر ، ومع ذلك إذا مات ناظر الوقف ، وكان قد آجر أرض الوقف أو دوره لا تبطل الاجارة ؛ لأنهم فرضوا أن المؤجر ليس هو الناظر ، ولكن المؤجر هو الوقف نفسه ، وأن الناظر كالوصى على اليتيم ، تولى هو الاجارة بالنيابة عن الوقف ، واذا كان كذلك فلا بد من اعتبار أن للوقف ذمة تتبعها أهلية وجوب ، لأنا اعتبرناه

---

(١) تنقيح الحامدية الجزء الأول ص ٢٢٢ .

مؤجراً من جهة ، ولأنا اعتبرناه كالمحجور عليه من جهة ثانية ، والمحجور عليه له ذمة ، وأهلية وجوب بلا نزاع ، ونرى غير ذلك أن الفقهاء يقررون أن كل تصرف سائغ شرعى يدخل فيه الوقف ، تلزمه كل التزاماته ، ولو عزل الناظر الذى تولاه ، ومن ذلك مثلا ما جاء فى تنقيح الحامدية : « للمسجد وقف فأذن الناظر لحصرى أن يكسو المسجد ، ويكون ثمن الحصير من ريع الوقف فعمل وعزل الناظر ثم تولى ناظر ، وهو إلى الآن ناظر ، والناظر الأول لم يتناول من ريع الوقف شيئا ، فهل يلزم الناظر الثانى تخليص حق الحصرى ؛ لأن حقه معلق بريع الوقف ، أم يلزم الناظر الأول؟ الجواب يلزم الناظر الثانى تخليص حق الحصرى ، ودفعه له من ريع الوقف ، ولا يلزم ذلك الناظر الأول حيث عزل »[1] .

وهكذا نرى كثيرا من الحقوق والواجبات تلزم جهة الوقف ، كما تلزم جهة بيت المال ، فتثبت لهما حقوق وعليهما واجبات ، ولذا نرى أن أمثل السبل أن نفرض لهما شخصية معنوية كما فرض القانون ، وأن نجعل الوقف كالمؤسسات ، وأن نقدر لهما أهلية وجوب ؛ لأن مناطها متحقق ، وهو الصلاحية لثبوت الحقوق والواجبات ، ولا مانع من أن تثبت مع أهلية الوجوب الذمة ؛ لأنها أمر تقديرى اعتبارى ، ولا مانع فى أن تفرض فى جهات البر والخير ، كما فرضت فى الانسان ، ما دام كلاهما له حقوق ، وتلزمه التزامات ، يدفع اليها ناموس التعامل بين الناس ، ونظام التبادل الاجتماعى والاقتصادى .

§ ١٦٦ — وأهلية الوجوب تكون ناقصة ، وتكون كاملة ، فهى كاملة فى كل مولود بمجرد ولادته ، وناقصة فى الجنين ، فالجنين له أهلية وجوب ناقصة ، ونقصها لسببين :

(أحدهما) أنه يحتمل الحياة والبقاء ، فقد يولد ميتا ، فيكون فى حكم العدم ، ولا يثبت له شىء من الحقوق ، وقد يولد حيا فيكون له حق الانسان ،

---

(١) الكتاب السابق ص ٢٢٣ .

وقد كان مع هذا الاحتمال فى الوجود لا يصلح لأن يكون محلا لاثبات الحقوق مطلقا ، ولـكنه لما كان موجوداً فعلا أو حكما ، وان لم تتحقق حيـاته الانسانية فى ظاهر الوجود ثبت له بعض الحقوق ، ولم يكن كالانسـان الحى فى ظاهر الـكون .

(ثانيهما) أنه يعتبر وهو فى بطن أمه جزءا منهـا ، إذ يتحرك بحركتها ، و يعطيه الشارع بعض ما يلحقها من أحكام ، فيعتق بعتقها إن كانت أمة ، ولـكنه جزء على استعداد للانفصال كاملا مستقلا بحياته ، فاعتبارا لهذين الوجهين ، كونه جزءاً من أمه وصلاحيته للانفصال عنها ، وحياته مستقلا دونها ، أعطاه الشارع بعض الحقوق دون بعضها الآخر .

وعلى ذلك يكون الجنين فى بطن أمه أهليته للوجوب ناقصة ، فلا تلزمه حقوق لغيره قط ؛ لأن ثبوت الحق على الشخص يكون بفعل منه أو بالتزام يلتزمه هو بعبارته ، أو بعبارة من له الولاية عليه ، ولا شىء من ذلك يتصور بالنسبة للجنين ، فليس له فعل يوجب عليه ضمانا أو لا يوجب ، وليست له عبارة تنشىء حقوقا ، وليس له ولى شرعى ينشىء عليه حقوقا بعبارته ، ولـكن يثبت له بعض الحقوق ، فتثبت له الحقوق التى لا تحتـاج فى وجودها الى قبول ، فيثبت له الميراث ، وتثبت له الوصية ، وتثبت له غلات الوقف إذا كان شرط الواقف يدل على ذلك ، و يثبت له النسب ، ولا يقبل النفى إذا حصـل اقرار ، وذلك كله ؛ لأن هذه الحقوق لا تحتاج الى قبول ، أما الحقوق التى يحتاج ثبوتهـا إلى إيجاب وقبول ؛ فلا تثبت له ؛ لأنه لا يوجـد من يتولى عنه صيغة القبول ، فلا تنعقد الهبة له ، لأنها تحتاج إلى قبول ، ولا ولى للجنين يتولى عنه القبول ؛ فلا يثبت له ذلك الحق .

فالفقه الاسلامى كما ترى لا يجعل للجنين وليا أو وصيـا ، ولـكن المادة الثالثة من قانون المجالس الحسبية جعلت للجنين وصيا يقيمه المجلس الحسبى ، حتى لا تضيع الغلات ، ولا تفسد الأملاك التى تثبت له . والشريعة تعتبر الأمين الذى

يكون تحت يده مال الجنين قائما مقام الوصى ، فلا مانع من اعتبار الوصى الذى يعين بحكم تلك المادة هو الأمين الذى أوجبت الشريعة أن يكون تحت يده المال الموقوف للحمل بمقتضى أحكام الميراث ولا تتغير الصفة بتغير المسمى (١) .

١٦٧ — وأهلية الوجوب المالية تثبت كاملة بمجرد ولادة الانسان ، حتى ان وليه أو وصيه لو اشترى له شيئا بمجرد ولادته حيا لزمه الثمن ، ووجب أداؤه من ماله الخاص ، فالانسان بمجرد وجوده فى الحياة تكون له أهلية وجوب كاملة بالنسبة للأموال ، أما التكليفات العبادية أو الاعتقادية والعقوبات ، فلا تجب عليه إلا بالبلوغ ، وتكون مع أهلية الأداء الكاملة على ما سنبين .

وعلى ذلك نقول إن أهليــة الوجوب تكون كاملة بالنسبة للحقوق المالية الخالصة ، ولو لم تثبت معها أهلية الأداء ، وتثبت أهلية الوجوب مجردة عن أهلية الأداء للصبى غير المميز ، وللمجنون ومثله المعتوه غير المميز (٢) . فهؤلاء تثبت لهم أهلية الوجوب كاملة فى الأمور المالية ، ولـكن لا تثبت لهم أهلية أداء قط ، فتثبت لهم كل الحقوق المالية كاملة من غير أن يثبت حق المعاملات ، ويتولى عنهم القوامون عليهم هذه المعاملة .

ا — وذمتهم صالحة لقبول كل الالتزامات التى تجىء ثمرة للتصرفات

---

(١) الرقيق لا تثبت له ملـكية الأموال ما لم يكن مكاتبا ، بل العبد وما ملـكت يداه لسيده ، ولا يرث ، ولـكن للرقيق حقوق غــير مالية ، فله أن يتزوج باذن سيده ، واذا تزوج فله أن يطلق ، وتلزمه نتائج أفعاله الجنائية فيقتص منه ، واذا أتلف مالا يستوفى أولا من كسبه ان كان كسوبا ، ثم من رقبته . ويصح الاقرار من العبد ، واذا أقر بمال لزمه ووجب عليه الوفاء ولـكن لا يؤخذ بهذا الاقرار الا بعد عتقه ، فلا يؤخذ سيده باقراره ، لأن الاقرار حجة قاصرة ، وكل هذا يدل على أن للعبد ذمة ، وأهلية وجوب ، ولـكن نقصها عارض الرق وذلك لأجل حق سيده على رقبته .

(٢) الجنون مرض يمنع العقل من ادراك الأمور على وجهها ويصحبه اضطراب وهياج غالبا ، والعته مرض يمنع الشخص من ادراك الأمور على وجهها أيضا ، ولـكن يصحبه هدوء ، وكثير من الفقهاء يعتبرهما نوعا واحدا .

الشرعية التى يقوم بها أولياؤهم ، ويجيزها الشارع لهم ، ويتقيدون بها ، وليس لهم اذا رشدوا أن يتخلوا من تبعاتها مادامت قد صدرت من الأولياء فى حدود ولايتهم ، وكان من شأنها أن تلزم القاصرين ، فأثمان الأعواض التى عقد عليها باسمهم تلزمهم ، وتجب فى مالهم ، ومهور الزيجات التى يعقدها لهم أولياؤهم كذلك ، وفى الجملة كل الالتزامات المالية التى تنشأ بأسباب يتولاها باسمهم الأولياء والأوصياء عليهم تكون لازمة ، وتحل فى ذمتهم ، وتؤدى من أموالهم ، فان رشدوا قبل الوفاء وجب عليهم الوفاء ، وكذلك تلزمهم نفقة الزوجية ؛ لأنها من مقتضى العقد الذى تم باسمهم ؛ اذ النفقة من آثار عقد الزواج ، وثمرة من ثمراته ويقول فخر الاسلام البزدوى فى أصوله : ان نفقة الزوجية تلزمه ، لأن لها شبها بالأعواض ، لأنهـا جزاء الاحتباس ، وعوضه . ونحن نختـار مذهب الشافعى الذى يرى أن نفقة الزوجية صلة مستحقة بالعقد ، وثمرة من ثمراته[1] ، ومن مقتضـاه ، ومهما يكن توجيهها فهى واجبة على الصغير غير المميز ، والمجنون والمعتوه غير المميز .

ب — ويثبت فى ذمتهم كل ماهو من مئونة المال ، ومغارمه ، فيجب فى أموالهم الخراج والعشر ؛ لأن الخراج فى أصـل شرعته مئونة لحمـاية الأموال والأعراض والأنفس ، والدفاع عن البلاد ، كما هو لانشاء القناطر والترع ونحو ذلك ، وكذلك العشر ، فهما مئونتان للأموال ، هذا على المسلم ، وذلك على غيره ، ويجبان فى مال هؤلاء القاصرين ، لهذا ولأن جانب المئونة فى العشر أكثر أثراً من جانب العبادة . وهناك واجبات مالية اختلف فى تغليب كونها عبادة أو مئونة مالية ، فمن قال انها عبادة قال انهـا لا تجب على الصغير والمعتوه غير المميزين والمجنون ، ومن قال انها مئونة أو غلب فيها جانب المئونة قال أنها تثبت فى ذممهم ، وتجب فى أموالهم : (١) فصدقة الفطر غلب بعض الفقهاء فيها جانب المئونة فجعلها واجبة فى أموال هؤلاء ، وغلب آخرون فيها جانب العبادة ، فمنع ثبوتها فى مال هؤلاء ، فأبو حنيفـة وأبو يوسف أوجبـاها فى مال هؤلاء القاصرين ،

(١) راجع أصول فخر الاسلام وعليه كشف الأسرار الجزء الرابع ص ١٣٦٠ .

تغليباً لجانب المئونة ، ومحمد وزفر لم يوجباها فى أموالهم تغليباً لجانب العبادة ،
(٢) وكذلك كان موضع خلاف بين الفقهاء زكاة الأموال ، فالشافعى ومالك وأحمد رضى الله عنهم رجحوا جانب المالية فيها ، فأوجبوها فى أموال القاصرين ، وأيدوا كلامهم ببعض الآثار ، وأبوحنيفة وأصحابه رجحوا فيها جانب العبادة ، والقاصر غير مكلفها .

جـ — وتلزمهم أيضا الصلات التى تشبه المئونة المالية ، وهى نفقة الأقارب ؛ فهذه صلة القربى ، ولكنها ليست عبادة خالصة ، بل هى مئونة مالية أوجبها النظام الاجتماعى وأيدته الشريعة ، فالأسرة وحدة اجتماعية متعاونة متآزرة متضافرة ، ومن واجب التآزر أن يدفع غنيها عن فقيرها غائلة الجوع ، وأن يسد رمقه ، فكان من مئونة الغنى وتكليفاته أن ينفق ذوو اليسار من الأسرة الواحدة على ذوى العسرة ، واذا كان ذلك مئونة للمال ، فهو يتبعه مهما يكن حامله ، رشيداً أو غير رشيد ، صغيرا أو كبيراً ، مجنونا أو عاقلا ، و بذلك تقوم الأسرة على بنيان من التعاون متين الدعائم .

د — الغرم المالى فيلزمه أيضا ضمان ما يتلفه من أموال ، لأن ضمان المتلفات يكون بالمال يعوض المتلف له ، وذمته صالحة لوجوب كل ما هو مالى ، وليس من قبيل العبادة ، ولأن المقصود ليس فعلا يقوم به ، بل المقصود مال يعوض المفقود ويربح الخاسر ، فيثبت المال فى ذمته ، و يؤديه عنه من ماله وليه أو وصيه .

وهكذا كل أمر مالى يكون القاصر ذمته فيه كذمة الرشيد ما دام لم يغلب فيه جانب العبادة ، و يؤدى عنه وليه أو وصيه كل ما يثبت فى ذمته [1] .

أهلية الأداء

§ ١٦٨ — قد بينا فيا مضى أن أهلية الأداء هى أهلية المعاملة بمعنى أن

---

(١) اعتمدنا فى الكلام فى أهلية الوجوب على شرح المنار فى باب المحكوم عليه وعلى مرآة الأصول الجزء الثانى باب المحكوم عليه أيضا وعلى كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام الجزء الرابع ص ١٣٥٧ وما يليها ، وعلى كتاب الأهلية وعوارضها لأستاذنا الجليل الشيخ احمد ابراهيم بك .

يكون الشخص صالحا لاكتساب حقوق بتصرفاته القولية ، وانشاء حقوق لغيره بهذه التصرفات ؛ فأول أثر اذن لثبوت أهلية الأداء صحة التصرفات القولية ، بمعنى اعتبارها أسبابا منشئة للحقوق للشخص وعليه ، فمن كانت عبارته صالحة لأن تكون سببا لثبوت الحقوق له وعليه ، فعنده أهلية أداء ، ومن لم تكن عبارته صالحة لتلك السببية ، فهو فاقد أهلية الأداء ، ولا شك أن الصبي غير المميز ، والمجنون ، وللمعتوه غير المميز ، وهم الذين ذكرنا أن أهلية الوجوب ثابتة كاملة لهم ، هؤلاء فاقدو أهلية الأداء ؛ لأن عبارتهم ملغاة ساقطة لا تصلح سببا لانشاء حقوق لهم أو لغيرهم ؛ إذ العبارة التى تنشأ بها التصرفات الشرعية هى العبارات المقصود معناها التى يفهم قائلها المراد منها فى عرف الناس ، والأثر الشرعى لها فى الجلة ، لا على وجه التفصيل ، فيفهم أن البيع يقتضى خروج المبيع من ملك البائع ، واستحقاقه للثمن ، ووجوب دخوله فى ملك المشترى ، ووجوب الثمن عليه ، وأولئك الذين فقدوا التمييز لا يتم هذا القصد فى عباراتهم ، فتكون ملغاة ، ولا تصلح سببا شرعيا لاثبات هذه الحقوق .

§ ١٦٩ — وغير هؤلاء تثبت لهم أهلية أداء كاملة أو ناقصة ، فكل مميز عنده أهلية أداء ؛ اذ مناط هذه الأهلية هو العقل ، فحيثما وجد العقل ومعه التمييز توجد أهلية الأداء ؛ وذلك لأن التمييز يجعل الشخص يفهم القصد من عباراته ، ويدرك ثمراتها ، فتكون عبارته صالحة لانشاء الحقوق له أو عليه ، ولقد جعلوا حد التمييز أن يكون الشخص عارفا لمعانى الألفاظ الدالة على العقود ، فيفهم مثلا أن البيع سالب ، والشراء موجب بمعنى أن البيع يسلب ملكية المبيع من البائع ، والشراء يدخل المبيع فى ملك المشترى ، ولا يتصور التمييز من دون السابعة وأهلية الأداء تكون كاملة وناقصة تبعا لكمال العقل ونقصانه .

فأهلية الأداء تثبت كاملة للبالغ العاقل الرشيد الذى لم يحجر عليه لأى سبب من الأسباب ، ومن كان كذلك كان حراً فى التصرف فى أمواله يتصرف فيها بالطرق الشرعية التى يراها غير مقيد بأى قيد ، لأن العقل والرشد كافيان

لتقييد تصرفاته بالمصالح ، فالمفروض فيه أنه لا يتصرف تصرفا إلا عن روية وتفكير وتقدير وتدبر ، وهو أدرى بما فيه مصلحته ، وليس ثمة مانع يمنعه إلا حق غيره فى الاستمتاع بحريته وحقوقه كاملة ، كما يستمتع هو .

أما ناقص الأهلية فهو من كان عنده أصل التمييز ، ولكن لم يكن عنده كمال العقل ، إما لعدم بلوغه السن التى جعل بلوغها امارة لكمال العقل ، واما لنقص بين فى العقل مع وجود أصل التمييز ، واما لأن العقل قد كمل ، والسن قد بلغت حدودها ، ولكن فى تصرفاته ما يدل على نقصان تدبيره المالى ، والأول هو الصبى المميز ، والثانى هو المعتوه المميز ، والثالث السفيه ويلحق به ذو الغفلة ، فهؤلاء جميعا ناقصو الأهلية ؛ لأن أصل التمييز عندهم ، ولكن ينقصهم كمال العقل وحسن التدبير ، ولنتكلم عن كل واحد بكلمة موضحة له ، ثم لنبين أحكامهم جملة [(١)] .

١٧٠ — الصبى المميز — وهو الذى بلغ سناً أصبح يميز فيها بين معانى ألفاظ العقود فى الجملة ، ويعرف المراد منها عرفا ، ولا يتصور التمييز فى سن دون السابعة ، فالسابعة هى الحد الأدنى للتمييز ، وقد يتجاوزها الشخص ، ولا يميز مادام لم يعرف معانى العقود ، ومقتضياتها فى عرف الناس وبالاجمال ، هذا هو حد التمييز الأدنى . أما نهاية الصبا ، فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أنها ببلوغ الحلم ، غير أن دفع الأموال وأهلية الأداء الكاملة لا تتم بمجرد بلوغ الحلم باتفاق الفقهاء ، بل ان الأهلية تتم بأمرين ، وهما بلوغ الحلم أو بلوغ النكاح ، والرشد ، وذلك هو مدلول قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى ، حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً ، فادفعوا اليهم أموالهم » فدفع المال ، أو أهلية الأداء الكاملة مشروطة بشرطين لا بد من تحققهما : وهما بلوغ النكاح ، وايناس الرشد ، فما لم يتوافرا معا ، لا يعطى الصبى ماله ، بل لقد ذهب سعيد بن جبير والشعبى والضحاك الى أنه يعتبر يتيما ما لم يؤنس رشده ، فقد جاء فى تفسير القرطبى « قال سعيد بن جبير والشعبى : ان

---

(١) تفسير القرطبى الجزء الخامس ص ٣٧ .

الرجل ليأخذ بلحيته وما بلغ رشده ، فلا يدفع لليتيم ماله ، وان كان شيخا ، حتى يؤنس منه رشده . وهكذا قال الضحاك : « لا يعطى اليتيم ، وان بلغ مائة سنة ، حتى يعلم منه اصلاح ماله » .

واذا لم يكن حلم كان البلوغ ببلوغ خمس عشرة سنة للجارية والغلام عند أكثر الفقهاء ومنهم صاحبا أبى حنيفة ، وعند أبى حنيفة ببلوغ سبع عشرة سنة للجارية وثمانى عشرة للغلام . وعند مالك يبلغ بسبع عشرة سنة من لم تكن عنده إحدى إمارات البلوغ .

هذا موجز فى حقيقة البلوغ واختلاف العلماء فيه ، أما الرشد فالمتتبع لكلامهم يرى أن المراد به القدرة على تدبير الأمور المالية ، واستغلال الأموال استغلالا حسنا ، فهذا ابن عباس وغيره يفسر الرشد بأنه صلاح العقل وحفظ المال. واذا كان الرشد هو القدرة على تنمية الأموال واستغلالها ، وحسن القيام عليها ، وتدبير شئونها فهو لا بد أن يختلف باختلاف تعقد الحياة ، وتشعب مسالكها ، واختلاف طرائقها ، وكلما كانت الحياة الاجتماعية ساذجة يسيرة لم تتسع الحاجات فيها ، ولم تتشعب أبواب الرزق ، ولم تختلف مناهجها — سهل على الشخص تدبير ماله . فاذا كان ماله أرضا زراعية ، كان القيام عليها بحرثها والقاء البذر ، ورجاء الثمار من الرب ، فتجود عليه السماء بالغيث ، أو الأنهار بالجودى ، حتى اذا انحسر عنها الماء قليلا بذر بذره ، ورجا من العناية ثمره ، وهكذا تسود السهولة كل أسباب الرزق ، فليس من الغرابة أن ينال الفتى رشده فى الخامسة عشرة أو قبلها أو بعدها بقليل . أما اذا كانت الحياة متسعة الأفق ، عريضة الجوانب ، متشعبة المسالك ، تحكمها نظم اجتماعية واقتصادية متشابكة ، لا يدركها الفتى الا بعد نضج ودراسة ، كان لا بد اذن أن تتأخر سن الرشد ، وأن تتباعد عن سن البلوغ .

واذا كانت الأهلية الكاملة لا تتم الا بعنصرين البلوغ والرشد ، وقد حكمنا بتأخر الرشد عند ما تتعقد مناهج الحياة ، وأسباب الرزق ، فلا بد اذن بمقتضى كلام الفقهاء أن يستمر الفتى ناقص الأهلية أمدا غير قصير ، حتى يرشد ، ويستحق أن يدفع ماله اليه ، وهو فى هذه المدة يختبر الوقت بعد الآخر ؛ ليستفيد

من تجارب الحياة ، ويعلم القوام عليه مقدار ما وصل اليه من علم بها و بشئون المال .

ولقد كانت آراء الفقهاء متسعة الأرجاء واسعة الرحاب ، فلم يعينوا للرشد سنا خاصــة وان عينوا للبلوغ سنا ، نعم ان أبا حنيفة جعل نهـاية لسن الحجر ونقص الأهلية ، وهي خمس وعشرون سنة ، ولـكن وجهة نظره فى ذلك لم تكن تعيين سن رشد ؛ بل لأنه يرى هو وزفر والنخعى أنه لا يصح أن يحجر على الحر البالغ اذا بلغ مبلغ الرجال ببلوغ الخامسة والعشرين ، ولو كان أفسق الفساق ، وأشدهم تبذيرا لماله ، ما دام عاقلا ليست عنده لوثة جنون ، ولا اختلاط عته ، ولـكن جمهور الفقهاء خالفوهم ، وقرروا أن يستمر الشخص ناقص الأهلية حتى يبلغ رشده ، ويستطيع القيام على ماله وتدبيره وتثميره[1] .

١٧١ — ولقد نهجت القوانين الحديثة منهج الشريعة فى أنها اعتبرت بلوغ الرشد هو المناط لـكمال الأهلية وما دام الرشد لم يتوافر فالشخص ناقص الأهلية ، ولقد جاء فى شرح القانون المدنى للمرحوم احمد فتحى زغلول باشـا نبذة قيمة فى هذا المقام هــذا نصها : « المولود يولد فاقد الأهلية[2] ويبقى كذلك الى أن يبلغ سن التمييز ، ثم يدخل فى دور جديد هو دور التمييز ، الا أن عقله وملكاته لايزالان غضين ، فلا يقوى على تقدير الأفعــال التى تصــدر عنه ، أو يتمد فعلها تقديرا صحيحاً ، ثم هو لا يصل الى هذه المرتبة الا بعد أن تنضج قوته العاقلة ، ويكون له بعض الخبرة ، حتى يؤمن على ادارة أمواله بنفسه . ومعلوم أن بلوغ هذه المرتبة لايتم للجميع بصورة واحدة ، ولا فى زمن واحد ، بل هم يختلفون فى ذلك اختلافا كبيراً ، الا أن منافع الناس وضرورة الأمن فى المعاملات والحاجة الى وضع حــد تنتهى اليه حال الانســان ، ويخرج ببلوغه من دور التردد الى دور العمل ، كل ذلك قضى بتقدير الزمن الذى يخلص فيه كل واحــد من ذلك الحجر ، وتتم له الأهلية . والشرائع مختلفة فى تقدير هــذا الزمن ، فمنها ما جعله اثنتى عشرة سنة للأنثى ، وأربع عشرة سنة للذكر ، كما فعل الرومانيون فى البداية ، مذ كانت الأمة

---

(١) سلبين الخلاف فى ذلك عند الـكلام على السفيه .

(٢) يقصد أهلية الأداء .

فى نشأتها الأولى ساذجة الأخلاق ، قليلة العدد ، أيام كانت المراقبة شديدة فى تربية الأولاد ، والروابط العائلية قوية كافية لحمايتهم ، وتدارك ما قد يفرط منهم من الأعمال قبل استفحال الضرر ، فلم يكن من باعث يحمل الشارع على الابطاء بمنح الأهلية الكاملة ، والولد محوط بهذه العنايات كلها . فلما ازدحم المجتمع بأهله ، وكثر المال ، وتنوعت الرغبات والمطالب وتشعبت أعمال الانسان ، وامتدت أطماعه الى أبعد من داره وعشيرته ، ووهن رباط العائلة بضغط تلك المؤثرات ظهرت مضار التعجيل باقرار الأهلية ، واضطر الشارع الى تأجيل زمانها فجعله خمسا وعشرين سنة ، ومن الشرائع ما وقفت عند الحادية والعشرين ، ومنها ما اقتصر على تسع عشرة سنة » [1] .

وقد كان القانون المصرى يسير على اعتبار سن كمال الأهلية ثمانى عشرة ، ولكن لوحظ أن الفتى أو الفتاة فى هذه السن يكون غرا غير عالم بشئون الدنيا وادارة الأموال ؛ لأنه يكون لايزال عاكفا على تلقى دروسه ، منقطعا عن ادارة أمواله ، غير متفرغ لها ، فرفعت السن إلى احدى وعشرين على حسب القانون الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لهذا القانون خاصا برفع سن الرشد ما نصه : « ومن التعديلات المهمة التى أدخلها المشروع رفع السن التى تنتهى فيها الولاية والوصاية من ثمانى عشرة سنة إلى احدى وعشرين سنة ، وهذا التعديل دفعت اليه التجربة ؛ فان الاختبار دل على أن سن الثمانى عشرة المحدودة الآن لبلوغ الرشد وانتهاء الوصاية غير كافية بالنظر إلى الأحوال الاجتماعية الحاضرة ، فان غالب الشبان يكونون فى دور التعليم حين بلوغهم هذه السن ، ولذلك يكونون بطبيعة الحال قليلى الخبرة بالحياة العملية . أضف إلى ذلك مايحيط بالشاب الصغير من دواعى الاغراء بالاسراف والتبذير ، وقد شوهد فى كثير من الأحوال أن شبانا رفعت عنهم الوصاية ، وسلمت اليهم أموالهم عند بلوغهم ثمانية عشر عاما ، فبددوها كلها أو معظمها فى قليل من الزمن ؛ ولهذا رأت الوزارة رفع

---

(١) شرح القانون المدنى ص ٢٨ ، ورسالة عوارض الأهلية للأستاذ احمد ابراهيم بك .

السن التى تنتهى ببلوغها الوصاية من ثمانى عشرة سنة إلى احدى وعشرين » .

ولقد أخذ هذا القانون الجديد بمبدأ اختبار القاصر فى وقت الحجر عليه ونقصان أهليته للأداء والمعاملة ، وهو مبدأ القرآن الكريم ؛ إذ يقول تبارك وتعالى : « وابتلوا اليتامى ، حتى إذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » فلقد نص ذلك القانون على أن القاصر متى بلغ ثمانى عشرة سنة ولم يمنع من التصرف فى ماله جاز للوصى أن يسلم أمواله ليتولى بعض ادارتها ، فيكون له قبض دخله ، والتصرف فيه ، والتأجير لمدة سنة أو أقل ، وزراعة أرضه ، والقيام بما يلزم للعقارات من أعمال الحفظ والصيانة ، ويعتبر راشدا فى هذه التصرفات قاصرا فى غيرها ، فاذا أساء التصرف فيما أعطيه منه منع من كل تصرف وليس له أن يطلب الإذن بالتصرف قبل مضى سنة من تاريخ المنع [1] .

§ ١٧٢ — وخلاصة القول ، أن الصبى المميز ناقص الأهلية ، والحد الأدنى للتمييز سبع سنوات ، والشريعة قد جعلت للبلوغ أمارات خاصة ؛ فان لم تتحقق تلك الأمارات ، فبالسن ، ولم تجعل الشريعة مطلق البلوغ سببا فى كمال أهلية الأداء بل أهليته لا تكمل فى الشريعة إلا بالسن وايناس الرشد ، ولم يعين الفقهاء سناً لايناس الرشد ، ولكن القوانين الحديثة عينت سنا فخالفت الشريعة فى ذلك ، ولكن لم تتجاف عن معناها ومرماها .

١٧٣ — **السفيه** : السفيه [2] هو من لايحسن القيام على تدبير ماله ،

---

(١) راجع المواد ٢٩ ، ٣٠ ، ٣١ ، ٣٢ من قانون المجالس الحسبية الصادر فى ١٣ اكتوبر سنة ١٩٢٥ .

(٢) جاء فى تفسير القرطبى السفيه المهلهل الرأى فى المال الذى لا يحسن الأخذ لنفسه ، ولا الاعطاء منها ، شبه بالثوب السفيه ، وهو الخفيف النسج ، والبذىء اللسان يسمى سفيها ؛ ولا تكاد تتفق البذاءة الا فى جهال الناس ، وأصحاب العقول الخفيفة ، والعرب تطلق السفه على ضعف العقل تارة وعلى ضعف البدن أخرى ، قال الشاعر :

نخاف أن تسفه أحلامنا ويجهل الدهر مع الحالم

وقال ذو الرمة :

مشين كما اهتزت رياح تسفهت أعاليها مر الرياح النواسم

فكأنه يجعل السفه الشرعى اما مأخوذ من الثوب السفيه بمعنى المهلهل ، واما من الضعف فى العقل ، والخفة فيه .

فينفق فى غير مواضع الانفاق والحجر على السفيه موضع خلاف كبير بين العلماء ، وقد تضاربت فيه أقوالهم ، وللسفيه حالان : احداهما أن يبلغ الشخص سفيها ، وقد اتفق العلماء على أنه لا يعطى ماله ، بل يمنع منه عملا بقوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » ولكن اختلفوا فى موضعين فى هذه الحال (أحدهما) أن كثرة العلماء على أن ماله لا يدفع اليه ، ويمنع من كل التصرفات القولية ، فليس له أن يقر بحق لغيره ، ولا أن يبيع ولا أن يشترى ، ولكن روى عن أبى حنيفة أنه يقول ان ماله لا يسلم اليه ، ولكن عقوده ، وكل تصرفاته القولية صحيحة كتصرفات غيره من العقلاء ، لأن أهليته تكمل بمجرد البلوغ عنده ، ومنع المال لكيلا يتمكن من تنفيذ تصرفاته التى تسوء عقباها ، ولأن المنع وحده تأديب وزجر ، وفيه الكفاية » ولكن روى أيضاً عن أبى حنيفة أن الشخص إذا بلغ سفيهاً استمر الحجر عليه ، فمنع من ماله ، ولا تنفذ تصرفاته فيه وذلك هو الراجح . (الموضع الثانى) أن كثرة العلماء على أن الشخص إذا بلغ سفيها استمر الحجر عليه ، حتى يرشد ، فما لم يرشد لا يمنع الحجر عنه ، ويستمر ناقص الأهلية ، ولو بلغ أرذل العمر ، لأن علة نقص الأهلية هو نقص العقل ، وعدم القدرة على إدارة شئونه المالية ، فما بقيت هاتان الحقيقتان أو احداهما فالحجر مستمر ، لبقاء علته وداعيه ، وقال أبو حنيفة ان الشخص إذا بلغ خمسا وعشرين سنة دفع اليه ماله ، ولو كان سفيها مادام عاقلا ، لأنه ببلوغ الخامسة والعشرين لا ينفع فيه زجر ولا تأديب ، ورحم الله أبا حنيفة ، فقد روى عنه أنه قال : « إذا بلغ الخامسة والعشرين احتمل أن يكون جداً فأنا أستحى أن أحجر عليه » ، وفى الحق ان الأصل عند أبى حنيفة أن الشخص متى بلغ عاقلا كملت أهليته ، ولكن ان كان سفيها لا يسلم اليه مال خشية أن يكون ذلك السفه بفعل الصبا ، وغرارة الشباب الباكر ، فمنع من ماله تأديباً وتربية ، وبعد الخامسة والعشرين لا موضع للتربية ، فليسلم اليه ماله ، وليقض الله أمراً كان مفعولا ، ويؤيد فكرة أبى حنيفة من حيث التفرقة بين حال الشباب قبل الخامسة والعشرين وبعدها ما يذكره علماء النفس وعلماء التربية وعلماء

الأخلاق من أن العادات النفسية والخلقية تكون فى دور التكون ، وتكون مرنة رخوة قبل الخامسة والعشرين ، وأكثر مرونة قبل العشرين ، وبعد الخامسة والعشرين تتكون العادات ، وتتخذ لها مجارى فى النفس ، ويصعب جد الصعوبة تغييرها ، فاذا كان الفتى لم يبلغ الخامسة والعشرين وهو سفيه مبذر لماله ، متلف له ، فعسى أن يكون التأديب مغيراً لتلك العادة المرنة ، ولكن بعد الخامسة والعشرين يصعب تغييرها ، فليترك حبله على غاربه .

١٧٤ — هذه حال السفه الأولى ، وهى بلوغ الشخص سفيها . أما الحال الثانية فهى بلوغه رشيدا ، ثم سفهه بعد ذلك ، والحجر فيها موضع خلاف بين العلماء أيضا فمن العلماء ، وهم الأكثرون أيضا من قال : انه يصير ناقص الأهلية بالنسبة للتصرفات المالية الخالصة ، ومن الفقهاء من قال انه لا يحجر عليه بحال من الأحوال ، ومنهم أبو حنيفة على مقتضى أصله فى فقه هذه المسألة ، ومعه زفر بن الهذيل ، و بعض العلماء من فقهاء المذاهب الأخرى .

وترى من هذا السياق أن أبا حنيفة استمسك بعدم الحجر على السفيه واعتبره كامل الأهلية ، سواء أعرض له السفه بعد بلوغه رشيدا ، أم بلغ سفيها على النحو الذى علمته فى الحال الأولى ، فالأصل عنده أن السفه ليس سببا فى نقص الأهلية ، وقد استدل لمذهبه هذا بما يأتى :

١ — عموم القرآن الكريم فى آياته الخاصة بالعقود ، من مثل « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ومن مثل : « وأوفوا بالعهد؛ إن العهد كان مسئولا » ومن مثل قوله تعالى : «ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وغير ذلك مما ورد فى آى الله تعالى حثا على الوفاء بكل التزامات العقود ، ومثل ذلك ما ورد فى الحديث من الأمر بالاهداء والصدقات والهبات من مثل قوله صلى الله عليه وسلم : « تهادوا تحابوا » فنى كل هذه الآيات والأحاديث الخطاب عام لكل المسلمين ، ولا شك أن المبذرين والسفهاء داخلون فى عموم المؤمنين من غير خلاف بين علماء المسلمين ،

فهم مطالبون بالوفاء بعقودهم ، وعدم النكث في عهودهم ، سواء أ كانت هبات وهدايا ، أم عقود مبادلة ما دام قد تحقق مناط العقود المالية ، وهو التراضى ، فمتى تحقق فقد وجب الوفاء بالعهد ؛ فلو قلنا بعد هذا ان المبذر لماله بعض عقوده باطل و بعض عقوده غير نافذ فمعنى ذلك أن الوفاء بهـا غير مطلوب ، و يكون ذلك تخصيصا من عموم الأمر بالوفاء ، ولا يصح أن يكون تخصيص تلك النصوص الصريحة القاطعة فى دلالتها إلا بمثلها مما هو قطعى فى دلالته ، ونسبته الى الشارع الاسلامى ؛ فما لم يكن كذلك لا يصلح مخصصا ، ولم يقم من النصوص القرآنية ما هو قاطع فى دلالته أو من الأحاديث ما هو صحيح لا ريب فى نسبته ، واذن فكل عقود المبذر لماله يجب الوفاء بها ، فلا يصح الحجر عليه ، وأهليته كاملة .

ب — روى قتادة عن أنس بن مالك أن رجلا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبتاع ، وفى عقدته ضعف ، فأتى به أهله نبى الله صلى الله عليه وسلم ، فقالوا يانبى الله احجر على فلان ؛ فانه يبتاع ، وفى عقدته ضعف ، فدعاه النبى صلى الله عليه وسلم ، فنهاه عن البيع ، فقال يانبى الله انى لا أصبر عن البيع . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان بعت فقل ها ، وها ، ولا خلابة ، ولك الخيار ثلاثا . وروى عن ابن عمر رضى الله عنه أن رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع فى البيع فقال النبى صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لاخلابة فدل هذا على أن الرجل الذى يغبن فى البياعات ، وهو من نوع السفهاء بلا ريب لايمنع من التصرف فى ماله ، ولو كان يمنع لأجاب النبى صلى الله عليه وسلم أهل الرجل الى ماطلبوا ، ولكنه لم يجبهم ، بل طلب إلى الرجل أن يمتنع مختاراً عن البيع ، و يسترشد بغيره ، فلما بين له عدم استطاعته ذلك أرشد الى أنه يشترط لنفسه خيار ثلاثة أيام ، يتروى فيها و يتدبر ، و يراجع من يشاورهم فى أمره ، ولو كان جزاء الغبن ، والخدع فى البياعات وهى من السفه أو الغفلة — المنع ونقصان الأهلية لمنعه النبى صلى الله عليه وسلم من التصرفات بعد أن ثبت الوصف الموجب للمنع والحجر ، ولكنه لم يفعل ، فدل ذلك على أن السفه أو الغفلة كلاهما لايوجب نقصان أهلية ولا حجرا من التصرفات .

حـ — ان الشخص ببلوغه عاقلا سفيها أو غير سفيه قد بلغ حد الانسانية المستقلة والشخصية المنفردة بشئونها ، فأى منع له من التصرف أذى لانسانيته ، وإهدار لآدميته ، فمن الكرامة التى يستحقها الانسان بمقتضى كونه انسانا أن يكون مستقلا فى أمواله وادارتها ، ينال الخير من تصرفاته الحسنة ، ويتحمل مغبة تصرفاته السيئة ، وبالكبوة والنهوض ، والعثرة والوقوف تصقل نفسه ، ويستفيد تجربة واختباراً ، ولا يصح لأحد أن يقول إن من مصلحته الحجر عليه، فان الحجر فى ذاته أذى لا يعدله أذى للحر الكريم ، اذ لا شىء آلم للنفس والروح من اهدار الأقوال ، وتقريب الانسانية من مرتبة البهائم التى تنعق بما لاتعقل ، فلتذهب كل أمواله إسرافاً وبداراً ، ولكن لتبق له نفسه ، ولتبق له آدميته فالمال غاد ورائح ، وأما جروح النفس فليس لها التئام . ولقد عهدنا من الشارع الاسلامى أنه يحترم الكرامة الانسانية ، فالله يقول : « ولقد كرمنا بنى آدم فى البر والبحر ، ورزقناهم من الطيبات [1] » ولا يصح أيضا لأحد أن يقول : ان مصلحة الجماعة فى الحجر على سفهائها فى الأموال ، لأن من مصلحة الجماعة أن تنتقل الأموال إلى الأيدى التى تحسن استغلالها بدل أن تبقى آسنة فى أيدى من لايحسنون القيام عليها ، ويقام غيرهم لحراستها وصيانتها فقط ، ان من مصلحة الجماعة أن تنتقل الأموال من الأيدى الخاملة الى الأيدى العاملة ، لكى يمكن ابن الانسان أن يكشف عن كل مافى الأرض من كنوز ، ويستدر أكثر مافى هذا العالم من خيرات ، فاذا وصل المال الى يد رعناء لم تستطع امساكه ، فلتترك لتلقفه يد أخرى تستطيع المحافظة عليه واستغلاله ، فمنع السفهاء من التصرفات

(١) يوفق الجصاص بين قول أبى حنيفة بعدم الحجر على السفيه ، وقوله تعالى : « ولا تبذر تبذيرا » بأن الآية فى ذم التبذير والنهى عنه ، وليس كل فعل مذموم أو منهى عنه مقتضيا للحجر والمنع ، فالانسان منهى عن ترك زرعه وشجره من غير سقى ، وترك دوره وعقاره من غير تعمير ، فلو أنه ترك زرعه وغرسه من غير ماء ، ودوره يأكلها الخراب ما أجبره أحد على ذلك ، وما حجر عليه لأجلها ، فالنهى والذم شىء ، والحجر شىء آخر ، ولا يصح أن يرتب أحدهما على الآخر من غير دليل .

ليس فيه اذن مصلحة للناس ، ولا مصلحة السفهاء أنفسهم ، إذ هو أذى لانسانيتهم واذا كان أبو حنيفة قد استحيا أن يحجر على ابن الخامسة والعشرين ، فذلك دليل على مقدار علو شأن الانسانية فى نظره رحمه الله .

د — أن السفيه غير محجور من عقد الزواج بأجر المثل ، وغير محجور من الطلاق، وذلك رأى من يحجر عليه فى الأمور المالية ، وهو كلام غير منطقى ، كيف يكون حرا فى الزواج والطلاق والعتاق ، ويكون مقيدا فى الأموال ، إن الزواج أخطر شأنا ، ويحتاج الى رأى ، وهو يتصل بحياة الانسان فيشقيها أو يسعدها ، فكان أحرى بالمنع ، فاذا نفذ باتفاق الفقهاء فبالأولى العقود المالية تنفذ ؛ لأن خطرها أقل ، وشأنها عند الله والناس أهون ، وسوء الغبنة فيها أقل من سوء الغبنة فى الزواج ان لم يحسن التصرف فيهما . ثم ان جواز الزواج والطلاق دليل على كمال الأهلية ، وصلاحية العبارة للعقود ، والالتزامات من غير توقف على ارادة أحد ، فلا وجه اذن للمنع فى المال ، بل ليس من المنطق ، ولا من الفقه أن ينفذ عقده فى الزواج ، ولا ينفذ كلامه فى عقد اجارة حانوت أو ما يشبهه ؛ انذلك لعمرى فى القياس غريب [1] .

١٧٥ — هذه أدلة أبى حنيفة ومن رأى رأيه فى عدم جواز الحجر على السفيه ، وأن العاقل البالغ ليس لأحد عليه ولاية خاصة . أما أدلة الفقهاء الذين أجازوا الحجر على السفيه فتتلخص فيما يلى :

ا — قوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم ، وقولوا لهم قولا معروفا » وقوله تعالى : « فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لايستطيع أن يمل هو ، فليملل وليه بالعدل » فدلت الآية الأولى على أن السفيه لايسلم اليه ماله ، بل ليس له من التصرف فى ماله الا أن

---

(١) مما استدل به لأبى حنيفة أيضا أن اقرار السفيه بما يوجب حدا أو قصاصا جائز ، ويحد ويقتص منه بمقتضى هذا الاقرار ، فكيف يسوغ اقراره ، وينفذ عليه الحد الذى يسقط بالشبهات بهذا الاقرار ومع ذلك لا يؤخذ باقراره بماله ، وهو أهون شأنا وأقل خطرا ، ولا يسقط بالشبهة ، هذا غير منطقى .

يرزق ويكسى ، أما وسائل التنمية والحفظ والصيانة فليست له ، ولكن لغيره ، وتأيد هذا المعنى بالآية الثانية ، لأنهـا فرضت أن للسفيه ولياً هو الذى يتولى انشاء صيغة عقد المداينة واملاءه عند الكتابة . ولو كان للسفيه أن يتصرف فى أمواله تصرف الراشدين ما كان له ولى يتولى عنه ، وما أمر الله وليه أن يتولى الأملال بقوله فليملل وليه بالعدل » واذا كان السفيه لا يعطى ماله ، ولا يتصرف فيه ، وله ولى فهو ناقص الأهلية ، ومحجور عليه .

ب — ماروى من أن عبدالله بن جعفر بن أبى طالب أتى الزبير بن العوام ، فقال انى ابتعت بيعا ، ثم أن عليا يريد أن يحجر على ، فقال الزبير فانى شريكك فى البيع ، فأتى على عثمان بن عفان فسأله أن يحجر على ابن أخيه عبدالله بن جعفر فقال الزبير أنا شريكه فى البيع ، فقال عثمان : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير ! ! فدل هذا على أن الحجر على السفيه قضية معروفة عند الصحابة ، وهى من الشريعة ، والا ما طلبها على لابن أخيه ، وهو من نعلم علما وفقها وتقى ، ولم يستنكر أحد من الصحابة طلبه ، فلم ينكره الزبير ، ولم ينكره عثمان ، وان كان كلاهما قد رأى أن عبد الله لا يستحق حجرا [١] .

وروى أيضا أن عائشة بلغها أن عبد الله بن الزبير قال عنها وقد باعت بعض رباعها ، فقال لتنتهين وإلا حجرت عليها ، فقالت لله على أن لا أكلمه أبداً ، فهذا يدل على أن ابن الزبير وعائشة قد رأيا الحجر ، وعائشة مكانها من العلم والفتيا مكانها [٢] .

حـ — أن مصلحة السفيه المالية فى منعه ، فان ترك وشأنه ضاع ماله ، وكان كلا على الناس ، وأن سبب الحجر فيه متحقق ، فان السبب فى الحجر على الصغير

---

(١) رد أبو حنيفة هذا بأن المراد من السفهاء فى الآية الأولى الصغار ؛ لأن أل للعهد الذكرى ، والمذكور هم اليتامى ، فهم الصبيان وكذلك المراد بالسفهاء فى الثانية . ولا دليل يعين أنهم المبذرون .

(٢) لو سلم كل ما يدل عليه الأثران ما تجاوز أنه رأى صحابى ، ورأى الصحابى فيما للرأى فيه مجال ليس بحجة .

الخشية من ضياع ماله ، وضياع المال فى السفيه أوضح ، لأن تبذيره [1] محقق لاريب فيه ، وإذا كان سبب الحجر ذلك وهو متحقق فيه ، فلا بد أن يتحقق أثره ، وهو الحجر بالفعل . هذا ومن مصلحة الناس أن يحجر على سفهائهم ، لأنهم لن أضاعوا أموالهم كانوا عالة على الجماعة تطعمهم وتكسوهم ، أو يعيثون فيها فساداً ، ولا يتركون عامراً الا خربوه ، ولا قائما إلا هدموه .

١٧٦ — هذه أدلة الفريقين ، ونرجو أن نكون قد حكيناها على وجهها ، وقد اختلف محمد وأبو يوسف فى ابتداء الحجر على السفيه أمن وقت تحقق وصف السفه ، أم من وقت حكم القاضى به ؟ قال الأول محمد وقال الثانى أبو يوسف [2] ، فالحجر عند محمد يبتدىء من وقت اسرافه فى أمواله وتبذيره فيها ، وكل تصرف مالى من وقت تحقق وصف السفه عرضة للابطال ، اذ قد صدر باطلا ، ولو لم يحكم القاضى بالسفه ، أما عند أبى يوسف فالحجر يبتدىء من وقت الحكم ، وكل تصرف قبله هو سائغ نافذ لا مجال للطعن فيه . وقد استدل محمد لرأيه بأن علة الحجر هى السفه والتبذير فى ماله ، فحيثما وجدت العلة وجد معها ما كانت علة فى وجوده ، فلا حاجة اذن الى قضاء القاضى ، لأن القضاء ليس هو السبب ، ولا شرطا فى السبب ، ومن جهة ثانية فالحجر بسبب السفه كالحجر بسبب العته ، كلاهما علة للحجر والمنع من التصرفات ، ولو كان مع العته تمييز .

---

(١) يخرج رأى أبى حنيفة فى الأهلية على أن العلة فى نقصان أهلية الأداء عند الصغير هو العجز بسبب الصبا ، وذلك لا يتحقق فى السفيه ؛ اذ هو ليس بعاجز .

(٢) رأى مالك والشافعى كأبى يوسف فقد جاء فى أحكام القرآن القرطبي ما نصه : « اختلف العلماء فى أفعال السفيه قبل الحجر فقال مالك وجميع أصحابه غير ابن القاسم : ان فعل السفيه وأمره كله جائز ، حتى يضرب الامام على يده . وهو قول الشافعى وأبى يوسف . وقال ابن قاسم أفعاله غير جائزة ، وان لم يضرب الامام على يده . وقال اصبغ ان كان ظاهر السفه فأفعاله مردودة ، وان كان غير ظاهر السفه ، فلا ترد أفعاله ، حتى يحجر عليه الامام . واحتج سحنون لقول مالك بأن قال : « لو كانت أفعال السفيه مردودة قبل الحجر ما احتاج السلطان أن يحجر على أحد . وحجة ابن القاسم ما رواه البخارى من حديث جابر أن رجلا أعتق عبدا ليس له مال غيره ، فرده النبي صلى الله عليه وسلم ، ولم يكن حجر عليه قبل ذلك » .

وقد ثبت الحجر على المعتوه بمجرد وجود العته ، فيثبت الحجر على السفيه بمجرد وجود السفه بذلك القيـاس الذى استوفى شروطه ، والجـامع بينهما أن الحجر لمعنى فى نفس المحجور عليه ، لا لشىء خارج ، فمتى تحقق ذلك المعنى تحقق الحجر .

ووجهـة نظر أبى يوسف أن الحجر على السفيه أمر يحتـاج الى نظر ، واستدلال وترجيح بين أمور متعارضة ، وذلك أن فى المسـألة ضررين ، كلاهما محقق ثابت بلا ريب فى وجوده ، (أحدهما) ضرر الحجر واهدار الحرية وعدم اعتبار بعض تصرفاته وعقوده ، وذلك نقص فى آدميته ، وثانيهما ضرر السرف والتبذير ، والقاء المال ذات اليمين وذات الشمال من غير هدى ، فكان لابد من الموازنة بين الضررين ، وترجيح أحدهما على الآخر بنظر غير متحيز ، لايحـابى ولا يداجى ، وذلك يكون بالقضاء الذى يكون فيصلا بين حالين حال الاطلاق وحال التقييد ، ومرجحا لأحـد الضررين ، وإحـدى المصلحتين ، وأيضا فان حقيقة السفه غير محسوسة لايختلف فيها العقلاء ، بل ان السفه أمر تقديرى اعتبارى ، يختلف العقلاء الراشدون حوله ، فقد يرى بعض العقلاء تصرفا ، فيحكم بأنه سفه وتبذير ، ويراه عقلاء آخرون فيحكمون بأنه حكمة وتدبير ، فكان هـذا الاختلاف بين الناس فى حقيقة السفه داعيا لأن نحتاج الى مرجح لأحد النظرين على الآخر ، ولأحـد التقديرين ، وذلك يكون بالقضاء العادل .

واننا لو قررنا أن الحجر يبتدىء من وقت ثبوته ، وعدنا بالنقض على كل تصرف حصل من وقت حدوث السفه ، لـكان فى ذلك ضرر محقق بكثير من الناس عاملوه قبل أن تتبين لهم حقيقة أمره ، وخصوصا أن سفه السفيه لايثبت بتصرف واحد ، بل بعدة تصرفات يتبين من مجموعها سفهه ، فلايثبت السفه بتصرف فردى يثبت فيه سوء تقديره ، وقد يكون أول النادمين عليه ، فاذا جعلنا وجود السفه كافياً للحكم ، فسيقع ضرر بلا ريب على كثيرين ممن عاملوه على اعتبار أنه كامل الأهلية رشيد ، فلا بد اذن من أمارة شاهدة معلنة بسفهه ليكون الناس

على بينة من أمره ، وذلك يكون بحكم القضاء واعلامه .

ثم ان الحجر بسبب السفه أمر مختلف فيه بين العلماء ، من حيث اقراره وعدم اقراره ، فأبو حنيفة كما علمت لا يقره ولا يسيغه ، فكان من الفقه وتحقيقا للعدالة ألا يكون حجر فى مسألة الا بعد قضاء القاضى ، ليكون قضاؤه ترجيحاً لأحد القولين ، وأخذا بأحد الرأيين على بينة وهدى ، ونظرا الى مصلحة الناس فى كل مسألة يشملها ذلك الخلاف .

١٧٧ — ويشبه السفيه فى الخلاف والأحكام ذو الغفلة وهو الذى لا يهتدى الى التصرفات الرابحة فيغبن فى المعاوضات لسهولة خدعه ، وأبو حنيفة لا يحجر عليه جريا على أصله ، وأخذا بطريقته من أنه لا يحجر على بالغ عاقل الا اذا عرض له ما آف عقله ، فأعجزه عن تدبير أمره فيحجر عليه دفعاً لضرر العجز ، أما مذهب الصاحبين والشافعى ومالك وأحمد فالحجر عليه صيانة لماله ، ونظراً له ، وحديث منقذ بن حبان الذى كان يغبن فى البياعات حجة فى هذا الباب ، وفى الواقع أن ذا الغفلة يتشابه مع السفيه فى تصرفاته من حيث فساد التقدير وسوء التدبير ، وإتلاف الأموال ، وإن كان السفيه يقصد إلى الاتلاف بسبب سوء رأيه ، وعدم بعد نظره ، وذو الغفلة لايقصد الى الاتلاف ، ولكن سوء الرأى كان سببا فى التلف والضياع ، ولذلك تشابهت أحكامهما ، ولو عدهما باحث نوعاً واحداً ما جافى الصواب وما بعد عن التحقيق ، فهما فى الحكم سواء ، وفى المعنى متقاربان جداً .

وقد يعبر عن ذى الغفلة بالضعيف [1] ، ولعله المراد من الضعيف فى قوله

(١) جاء فى تفسير القرطبي فى تفسير هذه الآية : « الضعيف هو المدخول العقل — الناقص الفطنة — العاجز عن الاملاء » . وهذا التفسير يشمل المعتوه ، وذا الغفلة . وقد جاء فى القرطبي فى هذا الموضع أيضا « اختلف العلماء فيمن يخدع فى البيوع لقلة خبرته ، وضعفه فهل يحجر عليه ؟ فقال بالحجر عليه احمد واسحق ، وقال آخرون لا يحجر عليه ، والقولان فى المذهب (مذهب مالك) والصحيح الأول ، لهذه الآية ، ولقولهم فى الحديث . . « يا نبى الله» احجر على فلان» يقصد بالحديث حديث منقذ بن حبان الذى ذكرناه فى النبذة رقم ٥٧ . وقد سيق دليلا لأبى حنيفة فى عدم الحجر على السفيه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجبهم الى الحجر .

تعالى « وان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل » .

١٧٨ — ومن قاصرى الأهلية المعتوه ، وذلك أن العته يعد شعبة من نقص العقل ، فان الذى أصيب فى عقله ان كان مغلوبا بحيث لايعقل قط كان فاقد الأهلية ، وهو المجنون عند الاطلاق ، وان كان يعقل بعض الأمور ، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء ، ويشبه بعضه كلام للغلو بين المختلطين كان معتوها ، فالمعتوه على هذا لايكون إلا مميزا [1] ، لأنه ان كان غير مميز بل كان مغلوبا لايميز شيئا ما كان معتوها ، بل يكون مجنونا . ولكن الفتاوى الهندية تفرض أن العته قسم مقابل للجنون ، فالعته عندها أحيانا يصحبه تمييز ، وأحيانا لايصحبه تمييز ؛ فان كان لايصحبه تمييز فالمعتوه فاقد الأهلية كالمجنون ، وان كان يصحبه تمييز فالمعتوه قاصر الأهلية كالصبى المميز ، وربما كان من كلام الزيلعى ما يفيد هذا .

ولكن أكثر الكتب تسير على غيره ، فتفرض أن المعتوه لايكون إلا مميزا فان فقد التمييز فهو مجنون على ما بينا ، وهذا اختلاف فى التعبير ، وليس بخلاف فى التفكير ، فلا تتغير به الأحكام ، ومهما يكن من شىء فالمعتوه المميز كالصغير المميز فى كل الأحكام ، وهو قاصر الأهلية ، بالنسبة للأداء .

§ ١٧٩ — ومما تقدم كله يستخلص أن قاصرى الأهلية هم الصبى المميز ، والمعتوه المميز ، والسفيه وذو الغفلة على الخلاف فيهما ، وان نقص أهلية الأداء لايمنع أن تثبت أهلية الوجوب كاملة ، فيثبت كل الحقوق التى أثبتناها للصبى غير المميز والمجنون ، ويتولى المعاملة بها الولى أو الوصى ، وكذلك لايثبت من الواجبات على قاصرى الأهلية الا مايثبت على الصبى غير المميز والمجنون ، فلا يثبت عليهم الا المغارم المالية الخالصة ، أو ما كان فيه المال غالبا على ناحية العبادة ، ولا يثبت وجوب العبادات ولا العقوبات . بيد أن السفيه وذا الغفلة يعتبران من هذه الناحية كاملى الأهلية فيجب عليهم كل التكليفات الشرعية من عبادات وغيرها ،

---

(١) هذا ما تسير عليه الهداية ، وكمال الدين بن الهمام ، وفخر الاسلام البزدوى وغيره .

وتلزمهم العقوبات كاملة ، لأنهم مؤاخذون مكلفون كل التكاليف ، لم يسقط عنهم بسبب السفه أو الغفلة شيء منها ، أما الحجر عليهم فلمنعهم من انفاق أموالهم في غير وجوهها ، حفظا لهم ، وصيانة لأموال المسلمين من أن تذهب اسرافا وبدارا ، أما الواجبات المالية التي أوجبها الشارع سواء أكانت عبادة أم غرما ماليا أم مئونة للمال أم صلة قربى أم بمقتضى عقد سائغ تولاه القوامون عليهم ، فهم مطالبون به ، لأن التكليف يوجب كل ذلك ، بخلاف الصغير المميز والمعتوه المميز ، فقد سقط عنهمـا التكليف ، فلا يطالبون بما هو عبادة [1] .

§ ١٨٠ — أما أهلية الأداء فهي موضع النقص ، وموضع التفصيل ، وذلك أن قاصر الأهلية يعتبر من ناحية أهلا للأداء ، ومن ناحية ثانية يفرض فيه العجز عن الاستقلال بالتصرفات وادارة أمواله ، وللائمة هنا أنظار مختلفـة يترتب على اختلافها اختلاف في الأحكام ، فأبو حنيفة يرى أن ناقص الأهلية أهـل لحكم التصرفات ، اذ يتولاها الولى ، وتلزمه آثارها ، وهو بما عنده من عقل ، وان لم يكن كاملا أهل لمباشرة التصرفات ، فاجتمع عنده قبول ذمته للالتزام الذي ينشأ

---

(١) الصبي المميز غير مكلف العبادة باتفاق الفقهاء ، أما المعتوه المميز فقد اختلف في سقوط العبادات عنه ، وقد بين ذلك الاختلاف صاحب كشف الأسرار ، فقال : « يوضع عن المعتوه الخطاب (أى التكليف) كما يوضع عن الصبي ، فلا تجب عليه العبـادات ، ولا تثبت في حقه العقوبات ، كما في حق الصبي ، وهو اختيار عامة المتأخرين . وذكر القاضي أبو زيد رحمه الله في التقويم أن حكم العته حكم الصبا الا في حق العبـادات ، فانا لم نسقط الوجوب احتياطا في وقت الخطاب ، وهو البلوغ بخلاف الصبا ؛ لأنه وقت سقوط الخطاب . وذكر صدر الاسلام مشيرا الى هذا القول رادا عليه قائلا : ان بعض أصحابنا ظنوا أن العته غير ملحق بالصبا ، بل هو ملحق بالمرض ، حتى لا يمنع وجوب العبادات ، وليس كما ظنوا ، بل العته نوع جنون ، فيمنع وجوب أداء الحقوق جميعا ؛ اذ المعتوه لا يقف على عواقب الأمور ، كصبي ظهر فيه قليل عقل ، وتحقيقه أن نقصان العقل لما أثر في سقوط الخطاب عن الصبي كما أثر عدمه في حقه أثر في سقوط الخطاب بعد البلوغ أيضا ، كما أثر عدمه في السقوط بأن صار مجنونا ؛ لأنه لا أثر للبلوغ الا في كمال العقل ، فاذا لم يحصل الـكمال بحدوث هذه الآفة كان البلوغ وعدمه سواء » اهـ . واذا كان سقوط العبادات موضع خلاف عن المعتوه ، فيصح اذن أن نقول ان من الأقوال من يجعل المعتوه كالسفيه وذى الغفلة بالنسبة للواجبات التي تثبت في الذمة ؛ لأنه لا فرق الا في العبادات . وقد سقط ذلك الفرق عند بعض الفقهاء .

بالتصرف ، وصلاحية عبارته لأن تنعقد بهـا التصرفات ، وكان مقتضى ذلك أن تنفذ كل تصرفاته من غير رأى ولى أو وصى ، ولكن لوحظ فيـه عجز بسبب عدم نضوج تفكيره ، وكمال عقله ، فرؤى ضم رأى الولى اليه ، فيما يباشره من التصرفات غير الضارة وأن يقوم بمـا لايباشره مما تكون فيه مصلحته ، وقد انبنى على هـذا النظر أن الصبى المميز ان باع بغبن فاحش وأجازه الولى أو الصبى نفذ البيع مع أن الولى لو باشره منفردا ماجاز ، لأن أبا حنيفـة لاحظ أن الصبى إذا تولى التصرف ما تولاه بانابة من وليه ، بل تولاه بولايته الخاصة ، فلما انضم اليه رأى الولى كان ذلك دفعا للعجز فى تصرف ناقص الأهلية ومثل ذلك يقال فى المعتوه المميز والسفيه وذى الغفلة فى غير موضع الخلاف ، وأبو يوسف ومحمد يريان أن قاصر الأهلية له عبارة تنعقد بها العقود ، ولـكن لعجزه عن معرفة عواقب الأمور ، ورعاية مصالحه بسبب نقص عقـــله الذى أوجب نقص أهليته كانت الولاية فى العقود وسائر التصرفات المالية للولى ، فان باشرها قاصر الأهلية يكون بطريق الوكالة عن الولى ، وان تولى من غـير انابة توقف على اجازته لا لسـد النقص ، ولـكن لأن ولاية العقد للولى لا له ، فهو لا يملك إلا ما يملكه الولى ، وعلى ذلك اذا باع أو اشترى ناقص الأهلية بغبن فاحش لا يصح عقده ولا يملك الولى أو الوصى اجازته ، لأنه لا يملك ذلك ، فلا يملك بالأولى الاذن به ، ولا اجازته . والشافعى رحمه الله رأى أن ناقص الأهلية بالنسـبة للعقود والتصرفات التى للولى حق مباشرتهـا يكون كفاقد الأهلية ، وذلك لأن الشارع إذ أعطى الولى حق مباشرة التصرفات ، قد حكم بعجز المولى عليه عنها ، فلا يكون صالحا لمباشرتها بنفسه ، ولا تنفذ ولو أجاز الولى ، لأن عبارته تصير غير صالحة لعقد هذا النوع من التصرفات التى حرم منها ، إذ لو صحت بعبارته لـكان ذلك حكما بقدرته عليها مع أن الشارع قد حكم بعجزه عنها ، فمن التناقض أن يكون عليه ولى فيها ويجوز أن يبـاشرها بنفسه . وقد ترتب على ذلك أن بيع الصغير ، وسائر ناقصى الأهلية وشراءهم ونحوهما من العقود التى حجر عليهم فيها لا تنعقد ، ولا تكون موقوفة على اجازة الولى .

كما لا يصح الاذن لناقص الأهلية بالتجارة ، لأن عقود التجارة كلها أعطيت للولى فهى مسلوبة منه ، فليس له قدرة عليها ، وليس من شأن الاذن أن يخلق فى ناقص الأهلية قدرة حرمها ، ولا أن يجعل فيه أهلية سلبها .

ونرى من هـذا أن ناقص الأهلية عند الحنفيـة عبارته تصح بها العقود والتصرفات ، ولذا يصلح أن يكون وكيلا عن غيره ، ولكن كل حقوق العقد الذى ينعقد بمقتضى الوكالة ترجع الى الموكل . ولقد صرح الفقهاء بذلك بالنسبة للصغير والمعتوه ، أما ذو الغفلة والسفيه فهما بلا ريب ذوا عبارة تنعقد العقود بها ، لأن الحجر عليهم للمصلحة والنظر لهم . ولقد جاء فى كشف الاسرار كلة فى أهلية السفيه ننقلها لدقتها وهذا نصها : « السفه لايوجب خللا فى الأهلية ، لأنه لايخل بالقدرة ظاهرا لسلامة التركيب ، وبقاء القوى الغريزية على حالها ، ولا باطنا لبقاء نور العقل بكماله ، إلا أنه يكابر عقله فى عمله ، فلا جرم يبقى مخاطبا بأمانة الله عز وجل فيخاطب بالأداء فى الدنيـا ابتلاء ، ويجـازى عليه فى الآخرة ، وإذا بقى أهلا لتحمل أمانة الله عز وجـل ، ووجوب حقوقه بقى أهلا فى حقوق العباد ، وهى التصرفات بالطريق الأولى ؛ لأن حقوق الله أعظم ؛ فانها لا تحمل الا على من هو كامل الحال ، ألا ترى أن الصبى أهل للتصرفات ، مع أنه ليس بأهل لايجاب حقوق الله عز وجل ؛ وتحمل أمانته ، فن هو أهل لتحمل أمانته أولى أن يكون أهلا للتصرفات» اهـ . فالسفيه بلا ريب أهل لأداء الحقوق والواجبات ، ولـكن منع من التصرفات المالية رعاية لمصلحته ، وحفظا لأمواله ، وحملا له على الجادة .

§ ١٨٢ — واذا كان ناقص الأهليـة له عبارة تنعقد بها التصرفات ، فالتصرفات بالنسبة له عند الحنفية تنقسم الى ثلاثة أقسام : (١) تصرفات نافعـة نفعا محضا ، بحيث لا يكون ثمة ضرر فيها قط كقبول الهبة ، وقبول الـكفالة ، (٢) وضارة ضررا محضا بحيث لا يكون فيها أى نفع مالى له كالاعتاق والهبـة والطلاق (٣) وتصرفات تقبل الضرر ، والنفع :

فأما القسم الأول ، فينعقد وينفذ من ناقص الأهلية ؛ لأن عبارته صالحة

لانشاء العقود وسائر التصرفات ، ولذلك صلح وكيلا عن غيره كما بينا ، ولما كان ذلك النوع من التصرفات نافعا له نفعا محضا لاضرر فيه ، كان من المصلحة تنفيذه بالنسبة له ، ولم يكن فى حاجة الى اجازة ولى أو وصى ، لأن الرفض لايصح ، وهو ضرر به ، فلا حاجة اذن لهذه الاجازة . وفى تنفيذ هذه التصرفات من غير اجازة الولى ، والحكم بصحة كلامه النافع له نفعا محضا من غير اعتماد على أحد — منافع معنوية كبيرة ، إذ بذلك يمرن على التصرفات النافعة ، ويدرك المنافع والأرباح ، ومضار الغبن والخسران ، ويهتدى الى أبواب المعاملة المالية بالتجربة من غير أن يلحق ماله نقص .

وأما التصرفات الضارة به ضرراً محضاً من غير نفع مالى ظاهر ، كالهبة والوصية والاعتاق [١] ، فانها لا تنعقد من ناقص الأهلية ؛ لأن هذه التصرفات تضر به ، وعبارته انما تساغ فيما فيه مصلحة له ، أو فيه احتمال تلك المصلحة ، فلم تصلح عبارته ؛ لانشاء ذلك النوع من التصرفات ، اذ هى تنشىء عليه التزاما من غير أن يكون له فيه فائدة واضحة ، أو من غير أن يتعهد الطرف الآخر له فى نظير ذلك بشىء ، وعلى فرض أن عبارته تصلح لانشائها ، فهى تكون محتاجة الى أن يضم رأى الولى فيها اليه ، أو الى اذن الولى بها ، وليس فيها مصلحة محتملة حتى يضم الولى رأيه الى القاصر ، أو يأذن بالتصرف ، وولاية الولى للنظر والمصلحة ، فلا يصح أن تقر عملا فيه مضرة من غير احتمال نفع ، لهذا كله لاتنعقد من ناقص الأهلية التصرفات الضارة ضررا محضا الا ما سنبينه من الاستثناء فيما يأتى :

وأما التصرفات المحتملة للنفع والضرر كالبيع والشراء والشركات ، والاجارات والنكاح [٢] وغير ذلك ، فهى تنشأ وتنعقد بعبارة الصغير ، ولكن تكون موقوفة على اجازة الولى أو الوصى ، أما انعقادها بعبارته ؛ فلأن عبارته صالحة لانشاء التصرفات ، اذ يتوافر فيها القصد الى معانى العقد ، وفهم معانى

---

(١) سنبين فيما يأتى أن بعض هذه التصرفات تجوز من السفيه ، وذى الغفلة .

(٢) سنبين أن النكاح يجوز من السفيه وذى الغفلة .

الألفاظ التى تنعقد بها العقود . وفوق ذلك فى تصحيح عبارته فائدة تعويده التجارات ، وتمريسه بها ، والظفر بالكسب ، واشعاره بمضاضة الخسارة بعدم إجازتها . وأما حاجة تنفيذ هذه التصرفات الى إجازة الولى والوصى ؛ فذلك لأن فى عقله نقصا ، وفى رأيه ضعفا ، ويخشى عليه مغبة تصرفه ، وفساد تدبيره ، وعدم تقديره العواقب ، فكان لا بد من رأى الولى ، لتنفذ هذه العقود ؛ فان أجازها نفذت ، وان لم يجزها بطلت ، والشرط فى الاجازة أن تكون إجازة معتبرة صحيحة ، بأن يكون التصرف نفسه يملكه الوصى ؛ فان كان لا يملكه لم تكن إجازته معتبرة ، كأن يكون ناقص الأهلية قد باع بعض عقاره ، والوصى لا يملك بيع العقار ، فاجازته له تكون غير معتبرة ، لأن من لا يملك إنشاء تصرف لا يملك الاذن به ، ولا يملك إجازته ، ولذا اذا باع الصغير عقارا والوصى عليه لا يملك البيع ، فان عقده فى حكم العقد الباطل ؛ لعدم صلاحيته للتنفيذ .

§ ١٨٣ — هذه الأقسام الثلاثة المذكورة تعم العقود كلها بالنسبة للصغير المميز والمعتوه ، فكل تصرفاتهم الشرعية تسرى عليها أحكام هذه الأقسام ، أما بالنسبة لذى الغفلة والسفيه فانها تسرى فقط على تصرفاتهم المالية الخالصة ما عدا الوصية والوقف . وان الأمر يحتاج الى بعض التفصيل بالنسبة لهما فنقول :

التصرفات قسمان [1] تصرفات لا تقبل النقض والفسخ ، وهى التى تظهر أحكامها بمجرد ثبوت أسبابها ، وهى التى لا يفسدها الهزل ، كما بينا عند الكلام فى الرضا ، كالنكاح والطلاق ، والعتاق وهذه تصح منهما ؛ وذلك لأن الفقهاء فرضوا عبارات السفيه وذى الغفلة كعبارات الهازل ، لأن الهازل يخرج كلامه على غير

---

(١) خالف الشافعى فى صحة العتق من السفيه ، فقال انه لا يصح ، ولكن صاحبى أبى حنيفة قالا ان العتق منه يصح ، ولكن على العبد أن يسعى بقيمته ؛ لأن العتق تضمن اسقاطا للرق ، واتلافا لمقدار من المال فاسقاط الرق يزول ، ولكن يبقى المال لازما ، لأن المال موضوع الحجر ، وهناك رواية أخرى تقول لا يستسعى العبد المعتق . واذا عقد عقد زواج وجب أجر المثل بشرط ألا يزيد عن المسمى ، وزواجه صحيح ، ولو كان يتزوج كل يوم أربعا ويطلقهن ساعة زواجه منهن ، لأن الزواج خارج عن نطاق الحجر ، والمال تابع .

نهج العقلاء لقصد اللعب بالعبارات بعدم ارادة ما وضعت له لغة وشرعا ، فكذلك السفيه يخرج كلامه على غير نهج العقلاء ، لاتباع الهوى ، ومكابرة العقل ، لا لنقصان العقل فى ذاته ، ولكن لسوء الرأى والتدبير وغلبة الهوى والشهوات الجامحة على العقل المفكر وإطفاء نوره .

وللزواج جانب مالى وان لم يكن مقصوداً لذاته ، ولذا يصح من السفيه وذى الغفلة الزواج ، ولكن لا يلزم الا مهر المثل بشرط أن لا يتجاوز المسمى ، فالواجب أداؤه بمقتضى ذلك الزواج هو الأقل من المسمى ومهر المثل ؛ وذلك لأن الزواج بأكثر من مهر المثل إسراف وتبذير ، فيدخل فى ضمن مواضع الحجر ، هـذا من جهة ، ومن جهة أخرى قد قرر الفقهاء أن الزواج فى ذاته لا يؤثر فيه الهزل ، ولكن تسمية المهر للهزل أثر فيها ، والمقرر فقهيا ، أن ما لا يؤثر فى صحته الهزل يصح من السفيه ، وما يؤثر الهزل فى صحته فهو موضع حجر السفيه وذى الغفلة ، فالقاعدة تسير فى مداها ، ولا استثناء فيها .

أما التصرفات التى تقبل النقض والفسخ كالبيع والشراء والاجارة والمزارعة ، أو ما يعبر عنه فى لسان الفقهاء بأنه ما يصح أن تتراخى آثاره عن أسبابه ، أو ما لا يصح مع الهزل ، فهذا النوع هو موضع الحجر ، وتجرى فيه الأقسام الثلاثة التى ذكرناها ، إذ يكون السفيه وذو الغفلة فيه كالصبى المميز والمعتوه ، غير أنه استثنى من ذلك تصرفان قد قال الفقهاء انهما يجوزان من السفيه وذى الغفلة ولا يجوزان من الصغير والمعتوه ، وهما الوصية بالثلث فى غير سبيل فسق بحيث يصح أن توجد من أهل الصلاح والتقوى ، كالوصية فى سبيل بر المساكين أو للفقراء ، أو لبعض قرابته غير الوارثين أو نحو ذلك ، لكن وصيته لأهل الفسق والمجون كوصيته لمغنية أو راقصة ، أو نحوهما فلا تصح . (وثانيهما) الوقف على النفس ومن بعده على ذريته . وقد كان القياس ألا تنعقد وصيته ولا وقفه ؛ لأنهما تصرفان يعدان من باب الهبات والصدقات ، وذلك لا ينعقد من ذى الأهلية القاصرة ، ولكن استحسن الفقهاء صحة الوقف والوصية ، لأن الوقف على نفسه ، ومن بعده على ذريته ثم على جهة بر لا يعد إتلافا للمال ، بل انه صيانة له من أن تقع

العقارات تحت سلطان الاسراف والتبذير ، من غير ضرر يلحق بالورثة فى ذلك التصرف ، فهو يعد احتياطا من سوء العقبى يفعله كثيرون من الراشدين ، وأما الوصية فجازت لأنها تصرف مضاف الى ما بعد الموت ، واذا كانت على طريق ما يفعله أهل الصلاح لا يضيره منها شىء ، بل يناله النفع الأخروى من غير ضرر دنيوى [١] .

ولقد لخص الامام محمد الفرق بين السفيه وذى الغفلة و بين الصبى المميز والمعتوه فى أربعة أمور فقال : والمحجور [٢] بمنزلة الصبى إلا فى أربعة : أحدها أن تصرف الوصى فى مال الصبى جائز ، وفى مال المحجور عليه باطل ، والثانى أن اعتاق المحجور وتدبيره وطلاقه ونكاحه جائز ، ومن الصبى باطل ، والثالث المحجور عليه إذا أوصى بوصية جازت من ثلث ماله ، ومن الصبى لاتجوز ، والرابع جارية المحجور عليه إذا جاءت بولد ، فادعاه ثبت نسبه منه ، ومن الصبى لايثبت .

١٨٤ — هؤلاء الذين ذكرناهم يعتبرون قاصرى الأهلية ، وغيرهم من المميزين يعدون كاملى الأهلية ، و بعبارة عامة يعتبر كامل الأهلية كل بالغ عاقل حر رشيد كما بينا ، سواء أكان ذكراً أم أنثى ، وسواء أكان صحيحا أم مريضا ، مادامت قواه العقلية سليمة . غير أن المرأة اختصت ببعض الخلاف فى أهليتها لانشاء العبارة التى ينعقد بها عقد الزواج ، والمريض اختص ببعض الأحكام لتعلق حق الورثة والدائنين بماله ، ولنخص كل واحد منهما بكلمة :

---

(١) اعتمدنا فيما كتبناه فى الأهلية القاصرة على أصول فخر الاسلام الجزء الرابع باب الأهلية وعوارضها ، وكذلك شرح المنار . والتقرير والتحبير الجزء الثانى باب الأهلية وعوارضها ، وأحكام القرآن للجصاص تفسير قوله تعالى « وان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا » فى المجلد الأول وأحكام القرآن للقرطبى الجزء الخامس تفسير قوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » والزيلعى خامس باب الحجر وفتح القدير سابع باب الحجر ، وابن عابدين خامس ، والبحر الثامن ، والأشباه والنظائر الجزء الثانى فى الحجر ، ورسالة الأهلية وعوارضها لأستاذنا أحمد ابراهيم بك .

(٢) المحجور المراد به السفيه .

أهلية المرأة فى الشريعة الاسلامية

١٨٥ — تعطى الشريعة الاسلامية المرأة من الأهلية ، سواء أكانت أهلية وجوب أم أهلية أداء ماتعطيه الرجل ، فهما فيها على سواء عند جمهور الفقهاء ، فيثبت للمرأة من الحقوق المالية وغيرها مايثبت للرجل ، ويجب عليها مثل مايجب عليه ، ولها الحق فى المعاملة ، ومباشرة الأسباب التى تنشىء التزامات وتوجب حقوقاً لغيرها ، مادامت عاقلة مميزة رشيدة ، فلها ذمة صالحة لكل الالتزامات ، ولها إرادة مستقلة تنشىء بها تصرفات يقرها الشارع . بيد أنه بالنسبة لأهليتها للأداء ، وهى أهليتها للمعاملة ، ومباشرة التصرفات الشرعية يجب ملاحظة أمرين :

« أحدهما » أن الفقهاء اختلفوا فى صلاحية عبارتها لانشاء عقد النكاح ، مع اتفاقهم جميعاً على أن لها الحرية المطلقة فى اختيار الأزواج ، لاتحمل على زوج ، ولا يفرض عليها رجل حياتها فرضاً من غير رضاها ، ولا تعضل عن الزوج الكفء فان أساء أولياؤها ، وعضلوها عمن اختارت رفع القاضى ذلك الظلم ، ودفع عنها هذا الايذاء ، وأمكنها من الزواج ممن ارتضته مادام من الأكفاء لها ،ولكن الاختلاف ليس فى حرية الاختيار ، بل فى كون النكاح ينعقد بعبارة النساء أو لا ينعقد ، فجمهور الفقهاء على أن النكاح لاينعقد بعبارة المرأة ، و إن كان لابد من رضاها مادامت بالغة رشيدة ، وخالف أبو حنيفة و بعض أصحابه [1] الجمهور ، وقال ان النكاح ينعقد بعبارة المرأة الرشيدة ، لأنه حقها أولا و بالذات ، ولها السلطان المطلق عليه مادامت لم تسىء إلى أوليائها باختيارها غير الكفء ، ولكن مع ذلك يقرر الحنفية أن المستحسن أن يتولى الأولياء عنها الصيغة من غير الزام ، فان تولت هى الصيغة فعلت غير المستحسن ، وما عدت ولا ظلمت ، ولا تجنت ، ولا

---

(١) وقد روى عن الامام محمد أن الولاية شركة بين الولى والمرأة الرشيدة ، بمعنى أنه ان زوجها توقف على اجازتها ، وان زوجت نفسها توقفت على اجازته .

أيمت ، وكلامها نافذ ، لأنه فى حدود سلطانها ، ولـكل فريق من الفقهـاء وجهة هو موليها :

فوجهة نظر أبى حنيفة : ا — ورود الآيات الـكريمة باضافة الزواج اليها ، ومن ذلك قوله تعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد ، حتى تنكح زوجا غيره ، فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا ان ظنا أن يقيما حدود الله » ففى هذه الآية الـكريمة أضاف الله سبحانه وتعالى النكاح اليها ، وهو حدث ، والحدث يضاف الى فاعله ، فاضافته اليها دليل على اعتبار الشارع للعبارات الصادرة عنهـا المنشئة للعقد ، ولقد أضاف الله النكاح اليها مرتين احداهما فى قوله : « حتى تنكح زوجا غيره » والثانية فى قوله « أن يتراجعا » فلا يصح أن يشك فى أن تلك الاضافـة دليل على اعتبار ما صدر عنهـا نكاحا يقره الشارع ، والا ما سماه نكاحا ، وما سمى ما كان بينها و بين زوجها الأول بعد طلاق الثانى تراجعا ، وعودا للقديم ، ومن جهة ثانية قد جعل هذا الفعل منها غاية للتحريم وانهاء له ، ولا ينهى تحريم الشارع الا أمر يعتبره الشارع محللا بعد ذلك التحريم ، ومنهيا له ، وذلك لا يكون الا اذا اعتبر الشارع النكاح الصادر عنها المضاف اليها شرعيا من كل الوجوه .

ومن الآيات الـكريمة التى أضـيف النـكاح فيها اليها أيضا قوله تعالى : « واذا طلقتم النساء ، فبلغن أجلهن فـلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » وقد أضاف النكاح هنا اليها ، فدل على أنه يعتبر ان أنشأته وأوجدت عباراته ، وفوق ذلك فى الآية دلالة أخرى على أن الولاية لها كاملة ، وليس للأولياء عليها سلطان ان اختارت من الأكفاء ، لأن فى الآية نهياً للأولياء عن منعها من الزواج بالأكفاء ، إذ فيها نهى عن العضل ، وهو التضييق الظالم ، وذلك يكون بمنعها من زواج الـكفء ، والنهى عن شىء يثبت أنه غـير حق ولا يرضاه الشارع ، فنهى الأولياء إذن عن المنع دليل على أن المنع ليس من حقهم ، ولا يسوغ لهم ، وذلك يدل على أن المرأة كامل الولاية فى اختيار الأكفاء .

ب — ما ورد من الآثار المثبتة أن المرأة تملك نفسـها وأن ليس لأحد عليها من سلطان فى أمر الزواج ما دامت لم تختر من يتعير به ذووها ، من مثل قوله

عليه الصلاة والسلام « الأيم أحق بنفسها من وليها » والأيم من لا زوج لها ، وقوله عليه السلام « ليس للـولى مع الثيب أمر » . وذلك بلا ريب يدل على أن نـكاح الثيب بنفسها معتبر من الشارع صحيح عنده ، ولو كان زواجهـا لا يجوز إلا بالولى ، لـكان له أمر معها ، وذلك ينافى الحديث .

ﺟ — أن الولاية على الحر لا تثبت إلا للضرورة ؛ لأنها تتنافى مع الحرية ، إذ مقتضى الحرية أن يكون الشخص مستقلا فى أموره مدبراً لـكل شئونه ؛ لا يحد من سلطانه فى شأن نفسه إلا أن يمتد تصرفه الى غيره بضرر يناله ؛ ومنع انعقاد النكاح الا بعبارة الأولياء ولاية تثبت من غير ضرورة اليها ، وتتنافى مع حرية البالغ الرشيد من غير حاجة ماسة ، ولا يحتج بثبوت تلك الولاية قبل الرشد ؛ لأنها كانت للعجز بسبب نقصان المدارك ، ولا عجز بعد البلوغ والرشد فتثبت كاملة ، ويصح النكاح بعبارة النساء . ومن جهة ثانية قد قرر الفقهاء إلا من شذ بأن لها ولاية كاملة على مالها ، فتثبت كاملة بالنسبة لزواجها ، ولا فرق بين الأمرين ، ومناط كمال الولاية واحد فيهما ؛ لأن مناط كمال الولاية البلوغ مع الرشد ، وقد ثبت كمالها فى المال ، فيثبت فى الزواج أيضاً . هذا ومن جهة ثالثة قد ثبت للفتى بمجرد بلوغه عاقلا ولاية عقد الزواج بنفسه ، فيثبت للفتاة بمجرد بلوغها عاقلة ، بطريق القياس عليه ، ولا فرق بين الذكر والأنثى بالنسبة للزواج ؛ فاذا كان الزواج خطيراً ، فهو خطير عليهما ، واذا كان فى الزواج احتمال ضرر بالأولياء ، فهذا الاحتمال ثابت بالنسبة للفتى ؛ لأن الأولاد من خضراء الدمن يجر للأسرة عاراً ، ويجلب لها شناراً ، فلا معنى لمنع انعقاد النكاح من النساء ، واجازته من الفتيان ، الا التفضيل من غير سناد يعتمد عليه[1] .

١٨٦ — هذه وجهة نظر أبى حنيفة وبعض أصحابه فى صحة انعقاد النكاح بعبارة المرأة الرشيدة اذا اختارت كفئا ووجهة نظر الجمهور فى منع انعقاد النكاح بعبارة النساء :

(١) قد اعتمدنا فى بيان هذه الأدلة على أحكام القرآن للجصاص الجزء الأول ، وأحكام القرآن للقرطبى الجزء الثالث ، والزيلعى الجزء الثانى ، والبدائع الثانى ، والفروق للقرافى الثالث .

ا — ان الله سبحانه وتعالى أضاف الانكاح الى الأولياء فى قوله تعالى « وأنكحو الأيامى منكم ، والصالحين من عبادكم وامائكم » فالنكاح اذا أضيف للمرأة فى آى القرآن الحكيم فباعتبار أن آثاره ترجع اليها والى زوجها ، ولا ترجع الى الأولياء أحكامه ، بل الذى يرجع اليهم منه إما العار واما الفخار ، وأما الانكاح وهو احداث عقد النكاح فقد أضيف الى الأولياء ، وهو نص فى احداث عقد الزواج ، ومثل ذلك قوله تعالى «ولا تُنكحوا المشركين حتى يؤمنوا» فى مقابل «ولا تَنكحوا المشركات حتى يؤمن » فلما كان الفعل متعلقا بتولى صيغة العقد للرجل أضيف النكاح وأثره اليه ، ولما كان الأمر متعلقا بتزوج المشركين من نساء مسلمات ، لم يجعل الخطاب للنساء بل لأوليائهن بالنهى لهم عن الانكاح بأن يعقدوا للنساء اللاءى فى ولايتهم عقدا على مشرك ، وفى كل هذا كانت إضافة الصيغة للرجل ، مع أنها كانت تتعلق بالمرأة ، ولا تتعلق بغيرها ، فاذا كانت الاضافة تكون لمن له الولاية ، فالولاية للرجل ، وليس فى القرآن كله عبارة تضيف الانكاح الى المرأة .

ب — ما ورد فى الآثار من أنه صلى الله عليه وسلم قال : « اذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه ، الا تفعلوه تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير » ومن أنه قال صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة أنكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل ، وان دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها ، فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » أخرجه الترمذى وقال فيه حديث حسن ، وحديث ابن عباس « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل » ، وغير ذلك من الآثار ، وكلها يتأدى الى معنى واحد ، وهو أن النكاح لا يعقد بعبارة النساء ، بل الذى يتولى الصيغة ، وانشاءه الرجل .

ج — ان النكاح عظيم الخطر ، بعيد الأثر ، عميق الغور فى حياة الرجال والمرأة ، يربط أسرتين ، ويؤدم به بين شخصين بحياة سعيدة ، ان سعدا به ، وهو بالنسبة لأسرة المرأة إما أن يجر خزيا ، واما أن يجلب شرفا ، فأسرة المرأة ينقصها زواج فتياتها من الخسيس ، والرجل لا ينقصه ولا ينقص أسرته أن يتزوج من

الخسيسة ؛ لأن عقدة النكاح بيده يصلها ان أسعدته ، ويفصمها ان أشقته ؛ لذلك كان لابد من اشتراك أولياء المرأة معها فى الرأى ، ولا يصح أن تنفرد دونهم لأن عقبى الزواج لا تعود عليها وحدها ، بل تتعدى اليهم إما بالاطمئنان والقرار ، واما بالألم والعار ، ولايصح إذن أن تقاس حالها على حال الرجل الرشيد ، لأن زواجه لايتعدى ضرره أو سعادته الى غيره إلا برشاش قليل ، لا يجلب ذلا ، ولا يتبع عزاً .

ثم ان معرفة أحوال الرجال ، ومكنون نفوسهم ، وخفايا شئونهم ، لا تتم إلا بالممارسة والمخالطة ، وتقصى أحوالهم والاتصال بهم . ومعرفة كفاءتهم للمرأة فى الزواج تستدعى كل هذا ، وهى لا تتم للمرأة التى تقر فى بيتها ، وتسكن إلى أهلها ، بل حتى التى تغشى الأسواق ، ولا تمتنع عن مخاطبة الرجال ، بل لا تتم هذه المعرفة إلا للأقران والمعاشرين والمخالطين ، ومن السهل على الرجل أن يتعرف بهم ويستقصى أخبارهم ، وله من هدوء النفس والاطمئنان ما يجعله يوازن و يقايس ، حتى يصل إلى اليقين الجازم ، أو الظن الراجح . أما المرأة فقد تدفعها غرارتها أو سذاجتها ، أو الرغبة الجامحة إلى أن ترى حسنا من ليس بالحسن ، وكفئا من ليس بالكفء ، وكثيرا ما يحدث ذلك عند ما يطلق الحبل على الغارب . فكان من مصلحتها أن يشترك غيرها معها فى ذلك الأمر الجليل الذى يمتد إلى حياتها كلها فيسعدها أو يشقيها . ولا بد إذن من أن يكون وليها معها فى عقد زواجها .

وان عقد الزواج عقد ينظر اليه الاسلام ، بل كل الشرائع نظرة تقديس ، فليس كالصفق فى الأسواق وما يشبهه من العقود ، لأنه يتعلق بالأبضاع والأنساب ، وحفظ النوع الانسانى على أكمل وجه ، فكان لا بد أن يحوطه الشارع ببعض الأمور الشكلية ، فجعل الاعلان أساسا لانعقاده ، وكذلك جعل من تقديسه ألا يتولى عبارته إلا الرجال ، وعرف الناس فى كل الأعصار يسير على هذا ، ومن يخالفه ينظرون اليه نظرهم إلى من يشذ فى تصرفه ، ويخرج عن الحد الذى ينبغى لذلك العقد من التقديس والتقدير ، ولقد قال ابن تيمية فى هذا المقام ما نصه : « أمر بالولى والشهود ونحو ذلك مبالغة فى تميزه عن السفاح ، وصيانة للنساء عن التشبه بالبغايا ، حتى شرع الصوت بالدف والوليمة الموجبة

لشهرته ؛ ولهذا جاء فى الأثر : المرأة لا تزوج نفسها ؛ فان البغى هى التى تزوج نفسها ، وأمر فيه بالاشهاد أو بالاعلان أو بهما جميعا »[1] .

١٨٧ — هذا هو الأمر الذى اختلف فيه الفقهاء بالنسبة لكمال أهلية المرأة من حيث العقود ، وليس الاختلاف فى اجبارها ؛ لأن أحدا لم يجز اجبار البالغة الرشيدة ، انما الخلاف فى أن لها أن تنفرد بانشاء صيغة الزواج دون الأولياء أولا ، وبعبارة أدق ، أتصلح عبارتها لانشاء عقد النكاح أم لا . أما إجبارها فليس لأحد عليها من سلطان فيه فلها أن ترفض من تشاء ، ومن تختاره ان كان كفئاً وامتنع الأولياء عن العقد كان ذلك ظلما منهم وعضلا ، فترفع الأمر إلى القاضى ليتولى هو انشاء صيغة العقد أو ينيب غيره ، فهو ولى من لا ولى له ، وقد تنحى هؤلاء عن ولايتهم بظلمهم ، فيتولى هو دونهم .

أما الأمر الثانى ، فهو اختلافهم فى كمال ولايتها المالية ، وهو اختلاف أقل ذكراً من الأول ، وأهون خطراً ، بل يروى أنه موضع اجماع لا خلاف فيه ، ولكن الأصح رواية الخلاف ، وجمهور الفقهاء على أن المرأة البالغة الرشيدة لها الحرية التامة فى كل ما لها ، ليس لأحد عليها من سلطان ، سواء أكان ولياً أم زوجاً ، لأن الرجل والأنثى بالنسبة للأموال سواء ، وخالف الجمهور مالك رضى الله عنه فى رواية عنه ، وكانت مخالفته للجمهور فى موضعين « أحدهما » بالنسبة للبكر البالغة ، فهو يرى أن الحجر يستمر ولو بلغت عاقلة ، حتى تتزوج ويدخل زوجها بها ، وهى بذلك مخالفة للغلام ؛ لأنه يرى أن رشدها لا يتم إلا بذلك ؛ لكونها فى حال بكارتها محجوبة ، لا تعانى الأمور ، ولا تبرز للناس . والفتى حاله غير حالها ، فانه بتصرفه وملاقاته للناس من أول نشأته إلى بلوغه يحصل له الاختبار ، ويكمل عقله بالبلوغ ، إن أونس منه الرشد ، فيحصل الغرض ، ويتم مقصد الشارع . ويستمر الحجر على الفتاة ما لم تتزوج إذا كانت ذات أب أو اذا كانت

---

(١) الجزء الثالث من فتاوى ابن تيمية فى بحث العقود والشروط . وقد استخلصنا هذه الأدلة من بداية المجتهد الجزء الثانى وأحكام القرآن للقرطبي الجزء الثالث ، والفروق الجزء الثالث ، والبدائع الجزء الثانى .

يتيمة ، فالوصى يستمر قائما على ما لها حتى تتزوج أو تعنس ، وعماد مالك فى مخالفة الجمهور أنه لم يعتبر البكر رشيدة ولا مؤنساً رشدها ، والله قد ناط ولاية المال بايناس الرشد ، فى قوله تعالى : « فان آنستم منهم رشداً ، فادفعوا اليهم أموالهم » ولا حجة له سوى هذا ، ولذا لا يعد قوله راجحاً ، بل روى عنه الموافقة لجمهور أهل الفقه فى هذا ؛ لأن الفتى والفتاة فى السلطان على المال سواء .

« الموضع الثانى » أن مالكا يرى أن المرأة المتزوجة الرشيد لها أن تعقد صفقات فى مالها ، فلها أن تعقد كل عقود المبادلات ، ولكن ليس لها التبرع من مالها بغير اذن زوجها بأكثر من الثلث ، وهو رواية عن الامام احمد رضى الله عنه ، وعماد هذا القول أنه روى أن امرأة كعب بن مالك أتت النبى بحلى لها ، فقال لها صلى الله عليه وسلم : « لا يجوز لامرأة عطية ، حتى يأذن زوجها ، فهل استأذنت كعبا ؟ فقالت نعم . فبعث اليه رسول الله صلى عليه وسلم ، فقال هل أذنت لها أن تتصدق بحليها ؟ قال نعم ، فقبله » ولأن للزوج بعض الحق فى مالها ؛ إذ العادة أن المهر يزيد وينقص تبعا لزيادة مالها ونقصه ، فله بهذا الاعتبار فيه نوع من الحق ، فصارت كالمريض فى تعلق حق الورثة بماله . وهذه كما ترى حجج لا تقف أمام عموم النصوص التى جاءت بشأن الولاية والأهلية وشمولها للذكر والأنثى على سواء ، والحديث الذى يعتمد عليه ينكره أكثر العلماء ، ولقد رد ابن حزم على مالك رداً قويا مظفرا فى المحلى . جاء فيه : « أما قول مالك فلا نعلم له متعلقاً لا من القرآن ولا من السنن ، ولا من رواية سقيمة ، ولا من قول صاحب ولا تابع ، ولا أحد قبله؛ إلا رواية عن عمر بن عبد العزيز ، قد صح عنه خلافها ، ولا من قياس ، ولا من رأى له وجه » ثم يرد قياس المرأة على المريض ، ويثبت بطلانه بوجوه (أحدها) أن المرأة صحيحة ولا يصح قياس الصحيح على المريض ، (وثانيها) أنه لا علة تجمع بين المرأة الصحيحة والمريض ، ولا شبه بينهما ، (وثالثها) أنه لا تشابه بين حكم تبرع المرأة فى زعمهم ، وتبرع المريض لأن المريض ممنوع من أكثر من الثلث ، أما المرأة فيصح أن تتبرع ثلثا بعد ثلث [1] .

---

(١) راجع المحلى الجزء الثامن ص ٣١٣ ، ٣١٤ .

وفى الحق ان رأى مالك رضى الله عنـه رأى متهافت لا يعتمد على سناد قوى من نص ، ولا مصلحة مرسلة ، ولا استحسان مستقيم ، ولا قياس يقوم على مناط محكم منتج [١] .

المريض مرض الموت

§ ١٨٨ — لقد قرر الفقهاء أن حق الورثة والدائنين يتعلق بأموال المريض مرض الموت ، الدائنون ليستوفوا ديونهم ، والورثة ليسلم لهم حقهم فى الثلثين ، ولـكيلا يؤثر أحد الورثة على غيره بأكثر مما أعطاه الله ، فقد فرض الله الفرائض ، وقسم المواريث بقسمته العادلة ؛ لهذا كان المريض ممنوعا من كل تصرف يؤدى إلى الاضرار بالدائنين أو بالورثة ، كل فيما له من حق ، بيد أن له حقوقا تتعلق بماله ،

---

(١) هذه صفحة من صفحات الشريعة الاسلامية قد أعطيت فيها المرأة حرية كاملة ، بينما أكثر الشرائع الأوروبية لم يعطها تلك الحرية ، فى الزواج والمعاملات المالية ، فالشريعة الفرنسية لم تعط الفتـاة ولا الفتى حرية اختيار القرين قبل الخامسة والعشرين للفتى والحادية والعشرين للفتاة فلا يجوز زواجهما من غير رضا الولى قبل هذه السن ، وبعد هذه السن الى الثلاثين لابد من الاستئذان . وأين هذا مما أعطته الشريعة للزوجين من حرية الاختيار فى الزواج . وأما فى المعاملات المالية فالشريعة كما ترى أعطت المرأة حرية كاملة فى ادارة أموالها باتفاق الفقهاء وشذ مالك رضى الله عنه فى تقييدها بالثلث فى التبرعات ، فلا تتبرع عنده بأكثر من الثلث ، أما الشريعة الفرنسية التى يقدسها القانونيون فى مصر ، فالمرأة المتزوجة ناقصة الأهلية فى المعاملات المالية ، فلا تستطيع أن تدير مالها الخاص بها ، ولا الأموال التى تكون شركة بينهما وذلك على حسب ما يقتضيه الزواج بينهم ، بل ادارة أموال الشركة للزوج فيها مطلق الحرية ، وليس لها من ادارتها الا ما يأذن به . وادارة أموالها أيضا لا تـكون الا باذنه ، فالمتزوجة عندهم لا تدير أموالها مهما تكن بالغة عاقلة رشيدة تحمل أرق الألقاب العلمية ، ويجلس للاستماع الى دروسها جهابذة العلم . ولو كانت كاتبة لها شباة قلم تخفض وترفع ، فلقد نص قانونهم الأمثل !! على أنه ليس للمرأة المتزوجة أن تتصرف فى حر مالها ببيع أو شراء أو رهن أو هبـة بعوض أو بغير عوض ، الا اذا كان معها زوجها فى العقد أو أجاز لها ذلك كتابة الا إذا كانت تاجرة محترفة وليس لها أن تخاصم أمام القضاء من غير اذن زوجها فى شأن من شئون مالها ، ولو كانت قبل زواجها محامية تذود عن الحقوق وتحميها . ومع ذلك لا زال من صفقائهم ومن عبيدهم فى الشرق من يزعم أن الشريعة الاســلامية تجعل المرأة بمنزلة الرقيق ، والشرائع الأوروبية تجعلهـا بمنزلة الحر !! .

وحاجات تقضى منه ، وضرورات تدفعه الى الأخذ ، فوجب اذن مراعاة حاجاته الشخصية ، ومراعاة حقوق الدائنين والورثة . ولذا كانت عقوده وسائر تصرفاته الشرعية خاضعة لهذين العاملين ، فان كان تصرفه من حاجاته الخاصة أو يتصل بها كان خارجا عن دائرة المنع ولو كان يمس حقوق الدائنين والورثة ، ومالا يعتبر من الحاجات الشخصية ، وفيه مس بحقوق الدائنين والورثة ، فهو محل المنع ، حتى يجيز الدائنون أو الوارثون . هذا اجمال للنظرية العامة لتصرفات المريض ، وهو اجمال لايغنى عن التفصيل ، بل لابد من التفصيل لتستبين النظرية محدودة الأجزاء ، واضحة المعالم .

وقبل أن نخوض فى تفصيل المجمل نبين حقيقة مرض الموت :

§ ١٨٩ — اذا أردنا أن نعرف مرض الموت تعريفا نبين به حقيقته وماهيته أو خواصه وأوصافه نجد أنفسنا أمام سيل من التعريفات المختلفة للفقهاء ، غير أن المتتبع لهذه التعريفات المختلفة فى عباراتها ، المتضاربة فى ظواهرها ، يجد معنى لا يختلفون فيه ، وهو أن مرض الموت يجب أن يتحقق فيه أمران أحدهما أن يكون مرضاً يحدث منه الموت غالبا ؛ وثانيهما أن يموت الشخص بالفعل موتاً متصلا به [1] ، فلا تكاد تجد اختلافاً بين الفقهاء فى أن هذين الأمرين لا بد من تحققهما لكى يتحقق وصف الشخص بأنه مريض مرض الموت ولكن اختلاف التعريفات انما يدور حول الامارات والأوصاف الظاهرة التى بها يتبين أن المرض مشتمل على الوصف الأول ، وهو احداثه للموت غالبا ، فمن قائل ان من أماراته أن يكون الشخص صاحب فراش ، وهو الذى لايقوم بحوائجه فى البيت كما يعتاده الأصحاء ، ومن قائل أن علامته ألا يخطو الشخص ثلاث

(١) الأهلية وعوارضها لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد ابراهيم بك . وقد جاء فى معنى ما قلنا فى ابن عابدين ما نصه فى بيان أن كون المريض صاحب فراش ليس بشرط : « وفى نورالعين قال أبو الليث كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضا بل العبرة للغلبة ، لو الغالب من هذا المرض الموت ، فهو مرض الموت ، وان كان يخرج من البيت ، وبه كان يفتى الصدر الشهيد ، ثم نقل عن صاحب المحيط أنه ذكر فى الأصل مسائل تدل على أن الشرط خوف الهلاك غالبا لا كونه صاحب فراش » .

خطوات من غير أن يستعين بغيره ، ومن قائل ان أماراته ألا يقدر على الصلاة قائما ، ومن قائل إن أماراته أن يعجز الشخص عن الاشراف على مصالحه خارج الدار ان كان ذكرا ، وان كان أنثى يعجز عن رؤية مصالحها داخل الدار [(١)] ، وهكذا تختلف تعريفات الفقهاء ، لاعن اختلاف فى حقيقة مرض الموت ، ولكن للاختلاف فى أماراته ، ولكن المعنى المقصود فى مرض الموت أن يكون الشخص فى حال يغلب فيها الهلاك ، ويتوقعه هو ، وتكون تصرفاته لخوف الموت المترقب المرصود .

١٩٠ — ولقد لاحظت بعض المحاكم الأهلية ذلك المعنى ، وجعلته مناط تقديرها ، لأن منعه من التصرفات هو خشية أن يكون تصرف ذلك التصرف لايثار بعض الورثة أو بعض الدائنين أو حرمان الدائنين من ديونهم [(٢)] ، وهذا

(١) ولقد أخذت محكمة الاستئناف العليا الشرعية بذلك فى بعض أحكامها ، فقد حصل طلاق وادعى أنه فى مرض الموت ، ولكن ثبت من وثيقة الطلاق أن المتوفى انتقل الى دار المأذون ، فأخذ من هذا انه لم يكن مريضا مرض الموت . راجع حكم المحكمة العليا الصادر فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٤ .

(٢) وقد جاء فى أسباب أحد أحكام محكمة الاستئناف الأهلية ما نصه : « ومن حيث ان هذه الحال النفسية وما اعترى ابراهيم بك من الانزعاج بسبب اشتداد الحالة المرضية عليه فى أكتوبر سنة ١٩١٠ ، ولا زالت تشتد حتى وفاته فى ١٧ فبراير سنة ١٩٢١ هى تلك الحال التى جعلته يتجرد وهو فى سن الأربعين سن النضوج الحقيقى جسما وعقلا وادراكا واحساسا من كل ما يملك أطيانا ومنقولات وديونا . وهو أكبر مظهر من مظاهر اليأس من الحياة ، والقنوط منها ، حيث اعتقد أنه لا بد مائت مما نزل به من اشتداد المرض ، وخطورة الحالة ، وهذا التصرف فى ذاته والخروج به عن كل ما يملكه أكبر دليل يقطع فى التدليل على مرض الموت ، ويستحيل أن يصدر مثل هذا التصرف ، ويتجرد الانسان كل التجرد مما يملك اذا كان فى حالة اعتيادية ، وفى حالة مرض بسيط ، ولكن اذا اشتدت به وطأة المرض ، وشعر بدبيب الهلاك الى جسمه تولاه عندئذ اليأس وخرج عن الحياة بما تمليه عليه رغباته ، وهى متأثرة بمؤثرات مختلفة يرجع بعضها للمرض ، وبعضها الآخر لمن حوله » حكم محكمة الاستئناف الصادر فى ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ — وراجع مجلة القانون والاقتصاد « بحث الأستاذ الجليل الدكتور كامل بك مرسى المنشور فى السنة الثامنة العدد الثالث » ولقد جاء مثل ذلك فى حكم آخر ففى أسبابه « وحيث ان أحمد افندى .. كان موظفا ، وكان فى ريعان شبابه ، وله أمل فى الحياة وفى الرقى ؟ فشخص هذه حالته لا يمكن أن يجرد نفسه مما ملكت يده الا اذا كان يشعر بدنو أجله ، فأراد أن يؤثر بنته على باقى ورثته .... » استئناف ٦ مايو سنة ١٩٣١ وراجع بحث المريض مرض الموت المنوه عنه آنفا للأستاذ الجليل محمد كامل بك مرسى .

نظر دقيق ؛ بل هو روح الفقه فى مرض الموت ، ولذا عبر فى الأصل عن محمد بأن مرض الموت هو الذى يخاف فيه الهلاك ؛ فالمناط هو خوف المريض الهلاك ، ولذا وجب أن تكون كل عناية القاضى الذى ينظر فى أمر يتعلق بتصرف طعن فيه بصدوره فى حال المرض — فى البحث عن الأمارات والشواهد التى تدل على حال المريض النفسية ، ليعلم أهى حال يأس من الحياة صدر التصرف تحت تأثيرها ؟ أم هى حال اطمئنان وقرار نفس ، ورجاء فى الحياة ، وأمل فيها قد استغرق النفس واستولى عليها ؛ لأنه إذا جعل القاضى كل عنايته فى تعرف ذلك ، فقد سار على سمت الفقه ، وروحه ولبه ومعناه فى مرض الموت ؛ إذ المناط كما بينا فى تقييد تصرفات المريض مرض الموت هو الخشية من أن يكون قد تصرف فيما تصرف ، لينال من حقوق الورثة أو الدائنين ما يقيدهم من بعد الوفاة .

ولأن المناط الذى كان سبباً فى شرع الأحكام المتعلقة بالمريض ، هو خوفه الموت كما بينا — الحق بالمريض كل الأصحاء الأقوياء الذين يكونون فى أحوال تجعلهم يترقبون الموت و يغلب عليهم فيها اليأس على الرجاء ، والموت على الحياة ، والهلاك على النجاة ، ومن هؤلاء :

ا — المقاتلة إذا التحمت الطائفتان ، ولم تستبن الطائفة القاهرة والطائفة المقهورة ، أو استبان القاهر وكان من المغلوبين ، ففى هذه الحال يكون الشخص فى حكم المريض مرض الموت ؛ لأنه يترقب الموت فى كل آن ، أو لايدرى أيقع على الموت أم يقع الموت عليه ، فان تصرف تصرفا فيه ما يمس حقوق الدائنين أو الورثة ثم مات فى هذه الحال كان تصرفه موقوفا على اجازتهم الى غير ذلك مما يستبين فى بيان سائر أحكامه .

ب — من قدم للقتل ، سواء أكان بسيف الجلاد قودا أوقصاصا أو حدا أم بسيف ظالم عدوانا ، فهو فى حال يترقب التلف والهلاك ، قد غلب عليه اليأس على الحياة ، فهو كالمريض وان لم يكنه .

جـ — من ركبوا البحر فتموج بهم واضطرب ، واصطفق بالأذى ، وجاءهم الموج من كل مكان ، وظنوا أنهم أحيط بهم ، وجاءتهم العواصف ، حتى غلب عليهم

أن لا منجاة لهم مما هم فيه ففى هذه الحال يكونون كالمرضى ؛ وان لم يكونوا مرضى .

د — المحبوس أو الأسير اذا عرف الحابس الظالم بقتل المحبوسين ،وكذلك اذا جرى العرف بين الآسرين بقتـل الأسرى ، فلا من ولا فـداء ، بل قطع للرقاب ، وحصد للأرواح . ففى هـذه الحال أيضا يكون المحبوس والأسير ، كالمريض مرض الموت ، وهذا رأى أبى حنيفة وابن أبى ليلى وأحمد ، وأحد قولى الشافعى . ويروى أن الحسن البصرى كان يرى أن المحبوسين فى حبس الحجاج يسرى عليهم ذلك ، لأنهم كانوا يزجون فى غياباته ، فلا تعلم نفس ما أخفى لها من حياة أو موت ، فيروى أن الحجاج لما حبس اياس بن معاوية قال الحسن البصرى : ليس له من ماله إلا الثلث ، لأن من دخل سجن الحجاج ما كان يرجو له الحسن حياة [1] .

هـ — الحامل إذا أثقلت ، وصار لها ستة أشهر ، فانها إذا وصلت الى هذا الحد صارت تتوقع الولادة من وقت لآخر ، والولادة حال تكون المرأة فيهـا بين الخوف والرجاء ، و بين الحياة والموت ، فربما كانت المرأة تخشى الموت فيها فتتصرف تصرفات يكون فيها ضرر بورثتها أو دائنيها ، وقد أخذ بهذا سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وقتادة ، ومالك ، وخالفهم ابراهيم النخعى ، ومكحول ، ويحيى الأنصارى ، والأوزاعى ، والثورى ، وأبو حنيفة والشافعى ، وقالوا انها تتصرف تصرف الصحيح ، حتى تكون فى المخاض ، ففى هذه الحـال تكون كالمريض ، وذلك لأنها قبل ذلك لاتتوقع الموت ، ولا ترقبه بسبب الحمل ، بل المعتاد الغالب

---

(١) كان الحجاج طاغية من طغـاة الدنيا عاتيا قاسيا ، يروى أنه لما هلك وجد فى سجنه عشرون ومائة الف سجين لا يعرفون ذنوبهم . ولقد مر على صرعاه فى السجن مرة فجـاءوا اليه يشكون ويضرعون ، فقال « اخسئوا فيها ولا تكلمون » ولقد كان رأى الحسن البصرى فيه يتفق مع ما عرف عنه من قسوة ، يروى أن رجلا قال يوم مات الحجاج : امرأته طالق ثلاثا ان دخل الحجاج الجنـة ، ثم راجع نفسه ، فاستفتى الحسن .فقال له : اذهب وارجع امرأتك ، ان دخل الحجاج الجنة لا يضرك الزنى ، فلا عجب بعد ذلك اذا رأى الحسن أن من دخل حبس الحجاج لا يرجو الحياة ؛ فيكون كالمريض مرض الموت وان لم يكنه .

المعروف أن الحامل تغلب الأمل على الخوف ، وأحيانا تكون مدة الحمل مدة استبشار وسرور ، وليس من المعتاد أن تلد لستة أشهر ، وأنها حتى قبيل الولادة المعتادة تكون فى حال سرور وآمال فيمن ترجوه لها قرة عين ، حتى اذا دخلت فى المخاض وأصابتها آلامه ، وهى مبرحة شديدة ، فقد يعروها اليأس من شدة الألم ، و يعروها انقباض النفس مما يمضها من ضروبه ، فى هذه الحال ، يصح أن نقول انها تخاف الموت وتتوقعه ، فقد تتصرف حينئذ تصرفات تضر بالدائنين أو بالورثة فتكون كالمريض فى أحكامه .

وقال الزهرى والحسن البصرى والشافعى فى القول الثانى له ان الحامل فى تصرفاتها كالصحيح ولو كانت فى المخاض ، لأنها لا تتوقع الموت ، بل الاعتياد والألف والرغبة فى الولد تجعلها دائما ترجح الأمل على اليأس ، والرغبة فى الحياة ، و بشرى الولادة وتوقعها تبعد عنها فكرة الموت ، وإن كانت فى أشد الآلام .

و ـ المبارز اذا تقدم للقاء مع القرن ، فى هذه الحال يكون فى حال يخاف منها الهلاك غالبا ، فيكون كالمريض ، وتكون تصرفاته التى تمس الوارث أو الدائن مظنة الاضرار بهما فتتوقف على اجازتهما[1] .

١٩١ — وهناك أمراض يمتد زمنها و يطول كالسل ، والسرطان ، والشلل والجذام والبرص ، ونحو ذلك من الأمراض التى يطول أمدها ، فهل يكون الشخص فى مرض الموت مهما يطل أمد الأمراض ؟ قد أجاب الفقهاء عن ذلك بأنه ان طالت مدة المرض ، وأصبح لا يخاف الموت منه كالشلل بأن تقادم وألف من غير أن يخاف الموت بسببه ، فى هذه الحال يكون المريض كالصحيح ؛ لأن المناط ، وهو خوف الموت الذى جعل ظن المضرة يتسرب الى تصرفاته — لا وجود له ؛ ولقد اختلفوا أيضا فى أمارات المرض الذى اذا تقادم أصبح لا يخاف الموت منه ، فمنهم

(١) اعتمدنا فى تعريف مرض الموت على ابن عابدين الجزء الثانى ، والزيلعى الثانى ، وفتح القدير الثالث ، والمغنى السادس ، وبحث الأستاذ الكبير الدكتور محمد كامل مرسى بك المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثامنه العدد الثالث .

من قال انه هو الذى لا يتزايد يوما بعد يوم ، بل يستمر على حال واحدة ، كالشلل ، ومنهم من قال انه هو الذى يرجى البرء منه بالتداوى ، كبعض أنواع الفالج ، ومنهم من قال انه ما استمر سنة فأكثر ، وقد سار على هذا كثيرون من الكتاب فى الفقه ، واختارته المجلة العدلية مع تقييده ، فالمادة ١٥٩٥ نصها ما يأتى : « مرض الموت هو الذى يغلب فيه خوف الموت ، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره ان كان من الذكور ، وعن رؤية مصالحه داخل داره ان كان من الأناث ، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة ، سواء أكان صاحب فراش أم لم يكن ، فان امتد مرضه ، ومضت عليه سنة ، وهو على حال واحدة ، كان فى حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد المرض ، وتتغير حاله . ولكن لو اشتد المرض وتغيرت حاله ، ومات قبل مضى سنة تعد حاله ابتداء من وقت التغير الى الوفاة مرض موت » اهـ . وترى أن المجلة اشترطت لاعتبار الشخص صحيحاً ألا يزداد المرض وهذا رأى بعض الفقهاء . فهؤلاء يرون أن المرض ان امتد سنة لا يعتبر الشخص فيه صحيحا بمجرد الامتداد سنة ، بل الشرط فى كونه لا يخاف الموت منه ألا يزداد يوما عن يوم ، أما مادام يزداد يوما عن يوم ، فهو مرض موت ؛ لأن المريض فقد الرجاء .

وفى الحق انه يجب أن يجعل لاخبار أهل الخبرة المقام الأول فى تقدير قوة تأثير المرض وامتداده ، كما تجب ملاحظة الحال النفسية كما بينا ، فاذا أخبر الطبيب شخصاً بأن عنده مثلا سرطانا لا يرجى برؤه فانه يصبح فى حال نفسية ترتقب الموت آنا بعد آن ان لم يكن أخبره الطبيب برجاء العلاج أو بأن أمامه فسحة من الوقت لظهور آثاره ، فاذا قرر الطب ألا رجاء فى الحياة ولا فى العلاج ، ولم يعين مقداراً من الزمن لقوة تأثير المرض فى الحياة ، والمرض يزداد من وقت لآخر ، ولم يثبت على حال واحدة ، فالمريض مترقب للموت ، فتكون تصرفاته مظنة الايثار أو الاضرار ، فلا يعتبر كالصحيح مهما يتطاول المرض ؛ لأن تصرفه

الذى يمس الورثة أو الدائنين مظنة أن يكون الدافع اليه إيثار بعض الورثة أو الاضرار بالدائنين [1] .

§ ١٩٢ — إلى هنا انتهينا من بيان حقيقة مرض الموت ، والآن ننتقل لبيان القواعد التى تقوم عليها أحكام تصرفات المريض مرض الموت ، وقد أشرنا اليه بالاجمال آنفا .

يقرر الفقهاء أن المريض مرض الموت له أهلية وجوب ، فالحقوق تثبت له ، وتثبت عليه كاملة غير منقوصة ، وما يسقط من بعض الواجبات الدينية عنه ، فانما سببه عدم القدرة البدنية عليه ، فلا تجب عليه مثلا الصلاة من قيام ان كان عاجزاً عنه ، وليس مناط عدم وجوب مثل هذا كون المرض مرض الموت ، بل المناط العجز البدنى عنه ، ولو لم يمت الشخص من مرضه هذا . وعبارة المريض مرض الموت صالحة لكل العقود والتصرفات ؛ لأنه عاقل رشيد كل الرشد ، ما دام خاليا من العته والسفه فله أهلية أداء كاملة ، وكان مقتضى هذا ألا يحجر عليه فى أى تصرف يتصرفه ، وألا يتوقف أى عقد من عقوده على اجازة غيره ، ولكن مرض الموت يؤدى الى الموت ، وينتهى به ، والموت يوجد حقيقتين ثابتتين لا مجال للشك فيهما : احداهما العجز المطلق ، وثانيتهما خلافة الوارث عن الميت فيما كان يملك من الأموال . والعجز يجعل ذمة الميت غير صالحة لقيام حقوق غيره بها ، فتصير الديون التى كان لغيره قبله متعلقة بماله ، كما يثبت بالخلافة حق الوارث فى الأشياء التى تركها الميت ، لهذا يثبت بالموت حق الغرماء والورثة فى التركة ؛ ولما كان المرض الذى أفضى الى الموت هو سببه العادى ، صار حق الغرماء والورثة متعلقاً بالتركة من وقت حدوث ذلك المرض ؛ لأن الحقوق تضاف الى أسبابها ، وبيان ذلك أن الموت إذا اتصل بالمرض صار المرض موصوفاً بأنه مميت ، إذ الموت يحدث بضعف القوى شيئا

(١) اعتمدنا فى تعريف الامتداد على ابن عابدين الخامس فى أول الوصايا ، والثانى فى طلاق المريض مرض الموت ، وفتح القدير الثالث فى طلاق المريض مرض الموت ، والبدائع فى أحكام العدة ، وبحث الأستاذ الجليل كامل بك مرسى فى مجلة القانون والاقتصاد .

فشيئا ، وترادف الآلام وقتا بعد وقت ، وكل جزء من المرض مضعف لبعض القوى ، وكل وقت يمر بالشخص مريضا هو جزء من الطريق الذى ينتهى بالموت ، فكان الموت اذن مضافا الى المرض من وقت نزوله بالمريض ، وصارت مجموعة أحوال المرض وأطواره وتدرجه من احتمال القوى الانسانية له إلى تخاذلها عن احتماله بمنزلة جراحات متفرقة أدت إلى الموت ، وعلى هذا يكون الموت قد ابتدأ يدب فى الجسم من وقت حلول المرض به ، وابتدأ العجز من ذلك الوقت ، كما ابتدأت خلافة الوارث فيما يملك المريض من ذلك الوقت أيضا ، واذن فقد ابتدأت الذمة لاتصلح لتعلق الديون بها ، فصار حق الدائنين متعلقا بالأموال ، لا بها ، كما أوجبت الخلافة التى ابتدأت بدبيب الموت فى جسم المريض ، فيتعلق حق الوارث بما له أيضا . وعلى هذا الأساس قرر الفقهاء أن حق الغرماء فى استيفاء ديونهم ، وحق الورثة فى خلافة المريض فيما يملك يتعلقان بأمواله من وقت مرضه ، فيكون حينئذ قد تعلق بمال المريض مرض الموت حق الدائنين وحق الورثة [1] .

١٩٣ — بيد أن الحقين يختلفان فى معنى التعلق ، فحق الدائنين الغرض من تعلقه بالمال التمكن من الاستيفاء ؛ ولذا تعلق حق الدائن بمال المريض معنى لاصورة بمعنى أنه لم يتعلق بأعيان الأموال وذواتها ، ولكنه تعلق بماليتها أى مقدار مافيها من مالية ، وهو قيمتها التى يقومها به المقومون ، ولذا يصح للورثة بعد موت مورثهم أن يستخلصوا التركة من ديونهم ، ويؤدوا الدين للدائنين ؛ كما يصح لهم أن يشتروا بعض أعيان التركة بقيمتها ، ويجبر الدائنون على قبوله ، ولو كانت حقوق [2] الدائنين متعلقة بذوات التركة ماساغ للورثة أن يأخذوا ويؤدوا الدين بغير رضاهم .

أما حق الورثة فهو لأجل خلافتهم عن المريض ويكون بعد الديون ، وقد

---

(١) راجع فى هذا المعنى كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام الجزء الرابع ص ١٤٢٧ ، ١٤٢٨ .

(٢) راجع فى هذا كشف الأسرار الرابع ص ١٤٣١ .

اختلف فقهاء الحنفية اختلافا نظريا فى تعلق حق الورثة بمال المريض اذا مات من مرضه . أهو حق الملكية من كل وجه بظهور ان المرض مرض الموت ، أم حق الملكية من وجه دون وجه ، أم هو حق الارث لاحق الملكية ؟ بعض المتقدمين من فقهاء الحنفية قال ان حق الوارث حق ملكية من كل وجه ، ويتبين ذلك الحق بظهور أن المرض مرض الموت . وقال آخرون من المتقدمين أيضاً ان حق الورثة ملكية من وجه قبل الموت ، لأنه اذا مات المريض ثبت الملك مستنداً الى وقت ثبوت المرض . فقبل الموت كانت الملكية ثابتة من طريق الاستناد أو ما يعبر عنه الفقه الحديث بالأثر الرجعى ؛ ويسمى ذلك المتقدمون حق ملكية من وجه ، هو وجه الاستناد . والفرق بين هذا الرأى وسابقه أن الرأى الأول يقول ان ظهور كون المرض مرض الموت كشف عن حقيقة كانت مستورة قبله ، وهى أن الأعيان ملك الورثة . أما الرأى الثانى ، فيقول ان الموت هو سبب الملكية بالخلافة عن المورث ، ولكن الملكية تثبت مستندة الى أول ظهور أعراض الفناء ، وهو وقت حلول المرض ، ومهما يكن من خلاف دقيق بين الرأيين ، فهما متحدان فى أن الحق الثابت للورثة فى أموال المريض حق ملكية — هذا مذهب المتقدمين فى حق الوارث ، أما مذهب المتأخرين فهو أن حق الوارث ليس حق ملكية ، ولكنه حق فى الأرث والخلافة ، وليس حق ملك بل الملك يستمر لصاحبه ، ولكل وجهة نبينها تتميا للموضوع :

استدل المتقدمين فى ادعائهم أن حق الوارث حق ملكية على النحو السابق . بالحديث وبالاجماع ، أما الحديث ، فهو قوله صلى الله عليه وسلم : « ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة على أعمالكم » أى تصدق باستبقاء ملككم فى ثلث أموالكم زيادة على أعمالكم ؛ أخبر عن منة الله سبحانه وتعالى على عباده بأنه استبقى لهم الملك فى ثلث أموالهم ، ليكون وسيلة الى الزيادة فى أعمالهم بالصرف فى وجوه الخير ، وآخر أعمارهم وقت مرض

الموت ، فدل هذا على زوال ملكهم عن الثلثين ؛ إذ لو لم يزل لم يكن ليمن بالتصدق عليهم بالثلث ؛ إذ لا يكون التصدق بالثلث إلا حيث منعوا من غيره ؛ و بذا فهم الصحابة والفقهاء جميعاً ، واذا كان المريض قد زال ملكه عن الثلثين ؛ فانه يئول إلى ورثته ، لأنهم خلفاؤه فى أمواله ، ولأنهم أقرب الناس اليه .

ولقد روى أن أبا بكر رضى الله عنه قال لعائشة ابنتـه وأم المؤمنين وهو فى مرض موته : لقد كنت نحلتك جادّ عشرين وسقاً من مالى بالعاليه ، وانك لم تكونى حزته ولا قبضته ، وانما هو اليوم مال الورثة[1] فدل هذا بصريحه على أن حق الورثة فى مال مورثهم المريض هو حق الملكية . ولقد كان مثل هذا مما لا يفتى فيه بالرأى ، فلا بد أنه سمعه من الرسول صلى الله عليه وسلم .

وأما الاجماع فهو اجماع الصحابة والفقهاء من بعدهم على أن تبرع المريض مرض الموت لا ينفذ فى أكثر من الثلث فى حق الأجانب ، وتبرعه للوارث لا ينفذ فى شىء الا باجازة الورثة ، حتى كان للورثة أن يأخذوا الموهوب من يد الموهوب له من غير رضاه ، فدل عدم النفاذ على زوال الملك ، و إذا زال يزول إلى الورثة على ما قد بينا .

هذه أدلة المتقدمين فى ادعائهم أن الملكية للورثة تثبت من وقت ظهور مرض الموت ، وأن حقهم هو هذه الملكية . وأما دليل المتأخرين الذين يقولون ان حق الورثة ليس حق ملكية ، ولكنه حق الميراث والخلافة فقط ، ولا يصير حق ملكية إلا بالموت بالفعل فهو الاجماع على أن المريض ان تبرع بأكثر من الثلث نقض تبرعه بعد موته ، فقولهم انه ينقض دليل على أنه انعقد وأبرم وكانت له كل

---

(١) جدّه معناه قطعه وقدره ، والوسق مقدار حمل بعير ، فالمعنى وهبتك مقدار عشرين حمل بعير ، ولكن لم تقبضيه ، فلم ينتقل الملك اليك . وأنه ملك الورثة لأنه مريض . استدل بهذا الأثر على أمرين (أحدهما) أن الهبـة لا تتم الا بالقبض ، لأنه قال انك لم تقبضيه ، فلم تملكيه ، و (ثانيهما) أن أموال المريض مرض الموت ملك لورثته ، وليس له الا الثلث .

الآثار فى حال الحياة ، وهذا يدل على أنهم ما كان لهم فى حياته الحق فى الملكية ، وانما حقهم فى الميراث وثبوت الملكية بعد الوفاة .

وهناك دليل آخر معقول ، وهو أنه لو كان الوارث غير أهل للميراث وقت مرض الموت ، ثم يصير أهلا عند الموت فقد اتفقوا على أنه يكون وارثا ، ويكون له كل حقوق الوارثين ، فلو كان حق الورثة فى الملكية وقت مرض المريض وقبل موته ما كان لهؤلاء الذين ورثوا ولم يكونوا أهلا للميراث (كعبد أعتق أو غير مسلم أسلم) حق فى الميراث ؛ لأنه ملك باقى الورثة أيضاً . ولو كان الحق حق ملكية ما كان لهؤلاء الحق فى نقض ماتبرع به مورثهم ، ولكن ثبت أن لهم الحق ، ولا يمكن أن يكون حق ملكية وإذا لم يصلح حق الملكية تفسيرا لحقهم فهو حق فى الميراث بشرطه ، وذلك كاف لاثبات كل هذه الحقوق التى للوارث[1] .

وان اعطاء الوارث حقا فى مال المريض حال حياته ؛ انما هو فرض وأمر اعتبارى ؛ لكى يستقيم منطق الأحكام ، وتتسق المبادىء الفقهية ، إذ كان له الحق فى اجازة بعض التصرفات التى تصرفها الميت فى مرض موته ، ولا تنفذ إلا بأجازته مع صدورها فى حياة صاحبها ، فانه إذا كان له ذلك بعد الوفاة فلا بد أن نفرض له حقا حال الحياة ، حتى يمكن أن يعود بالنقض على هذه التصرفات ، ويجب أن يقدر ذلك الحق بأقل الصور التى يتصور معها ثبوت حق الاجازة بعد الموت ، فيكتفى فى ذلك بفرض حق الارث له فى حال حياة المورث ، لأن الأمور الفرضية لاتفرض إلا بمقدار الضرورة الفكرية التى تضطر الباحث إلى فرضها ؛ ليستقيم منطق الأحكام ؛ وتأخذ المبادىء بعضها بحجز بعض .

§ ١٩٤ — وحق الورثة سواء أكان حق ملك كما يقول المتقدمون أم حق

---

(١) اعتمدنا فى هذا الخلاف وأدلته على البدائع الجزء الثالث ص ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ وقد استنبطنا بعض هذه الأدلة من ثنايا السطور استنباطا .

الوراثة فقط كما يقول المتــأخرون يتعلق بثلثى التركة فقط أما الثلث فهو حق خالص للمريض مادام لم يكن عليه ديون ، فان كانت عليه ديون ، فحق الدائنين مقدم ، وحق الورثة فى ثلثى الباقى بعد ايفاء الدين . والمريض له ثلث الباقى بعد الدين ، لأنه لاتركة إلا بعد وفاء الدين . أما قبل وفاته فالحق للدائنين ، وقد بينا أن حقهم متعلق بمالية التركة لابذواتها ، بمعنى أنه ان سلمت لهم قيمة التركة من الورثة ، فليس لهم أن يطالبوا بما وراء ذلك . أما حق الورثة فقد قال الصاحبان انه متعلق أيضا بمالية التركة لا بأعيانها سواء أكان ذلك بالنسبة للأجنبى أم بالنسبة للوارث ؛ ولذلك يصح عندهما أن يبيع المريض مرض الموت لوارثه بمثل القيمة ، لأن ذلك لا يضر بحق الورثة ؟ إذ سلم لهم حقهم ، وهو قيمة الجزء المبيع من التركة . وقال أبو حنيفة يتعلق حق الورثة بالمالية بالنسبة لتصرفات المريض لغير الورثة ، أما بالنسبة لتصرفه مع الورثة فحقهم متعلق بالمالية وذات التركة ، أو كما يعبر الفقهاء متعلق بالأموال صورة ومعنى . وذلك لأن حقهم فى تصرف المريض مع غير وارث سببه أن يضمنوا سلامة ثلثى التركة لهم ، وثلثا التركة يقدران بالقيمة ، فصار الحق متعلقا بقيمة التركة ، أى بمعناها أو بماليتها لا بصورتها وأعيانها . أما حقهم فى منع تصرفه مع الوارث فسببه أن يضمنوا انه لم يؤثر بعض الورثة على بعض ، لأن الله وزع المواريث فى كتابه ، وكل من قصد غير ما فى كتاب الله تعالى رد عليه قصده ، وان الايثار كما يكون بالمحاباة بأموال يقدمها ، يكون بأعيان يختارها له ، ولو أعطاها اياه بقيمتها ، فخشية أن يكون قد حاباه بأن اختار له عيون ماله ، ولو باعها له بقيمتها أو أكثر جعل للورثة حق فى أعيان التركة وذواتها ، بالنسبة للوارث ، وذلك لتكون الأحكام الفقهية بالنسبة للورثة بعضهم مع بعض تسير على نظام منطق واحد ، إذ أن أحد الورثة لو أراد أن يختص باحدى أعيان التركة بقيمته لا يتم له ذلك الا برضا الورثة ، لذلك اذا أراد المورث فى آخر حياته ، وقد تعلق بالتركة حق الارث أن يختص أحد ورثته ببعض أموال

التركة بقيمته كان لابد من رضا باقى الورثة ، وبهذا تبين أن حق الورثة بالنسبة لتصرف المريض مع بعضهم متعلقا بالتركة صورة ومعنى [(١)] .

وحق الورثة وحق الدائنين إنما يتعلقان من التركة بالجزء الذى يكون بعد قضاء حاجات المورث فى الحياة ، وما يلزم لتجهيزه بعد الوفاة [(٢)] ، فحق التداوى ، وما يلزمه من حاجات شخصية وما يتطلبه من طعام وفراش وغير ذلك لا يصح أن يمنع منه ؛ لأن حقه فى قضاء مصالحه من ماله قبل كل حق سواه ، وليس لأحد عليه من سبيل فيه .

§١٩٥ — الى هنا بينا حق الدائن والوارث فى مال المريض ، وحق المريض فى ماله ، ولننتقل إلى آثار هذه الحقوق كلها فى تصرفات المريض ، فنرى أحيانا حقه يغلب فى التصرف فيجوز ، وأحيانا نرى حق الدائنين فى استيفاء ديونهم يغلب فيمنع ، وإن لم تكن عليه ديون مستغرقة للتركة يغلب حق الوارث فى حماية ثلثيه من تبرعات تتجاوز الثلث اليهما ، ولذا يكون الحجر على التصرف الذى يظن أنه يمس الدائن والوارث ، وليس فيه سد حاجة شخصية للمريض ، فتلك الدائرة هى موضع الحجر ، والمنع ، وهى دائرة مرنة غير واضحة الحدود والمعالم ، ولقد كان ذلك دائما لأن تجعل الشريعة أكثر أحكام المريض للاحتياط ، واتخذت الشبهة فى بعض هذه الأحكام ذريعة للمنع ، كما سترى فى الاقرار للوارث ، ونحو ذلك ، وخلاصة القول فى التصرفات الممنوعة والتصرفات غير الممنوعة من تصرفات المريض ؛ أن التصرفات الجائزة التى لا تحتاج الى اجازة الورثة هى التصرفات التى لا تعد من التصرفات المالية وان جاء المال فيها تبعاً ، والتصرفات المالية التى تكون اشباعا لحاجة من حاجاته الحيوية ، والتصرفات التى لا تمس رأس مال

---

(١) راجع كشف الأسرار الجزء الرابع ص ١٤٢٩ ونقل فى شرح السراجية أن حق الورثة متعلق بالمالية ، لا بعين التركة ، وأطلق ولم يفرق بين حال التصرف مع الأجنبى ، وحال التصرف مع الوارث ، ولم يذكر خلافا ص ١٣ ، ١٤ .

(٢) راجع شرح السراجية .

التركة ، ولكن تمس منافعها أو أرباحها .

١٩٦ — وعلى ذلك تنفذ تصرفاته الآتية ، ولا تحتاج إلى إجازة الورثة بعد وفاته .

ا — النكاح فينعقد النكاح من المريض نافذاً غير متوقف على اجازة أحد ، ولو مات فى مرضه هذا ما كان لورثته أن يتعرضوا لزواجه بنقض [1] ، ويثبت لزوجه مهرها بشرط ألا يزيد عن مهر المثل ، فان زاد أخذت الزيادة حكم التبرع ، وان مات وهى زوج له فللزيادة حكم الوصية للوارث على ما ستعلم ، واذا تزوجها بمهر المثل أو أقل منه أو لم يسم شيئاً يثبت لها ما سمى أو مهر المثل ، ويكون ديناً عليه فى حكم ديون الصحة ، وهى التى تثبت عليه فى صحته أو فى مرضه ببينة صحيحة ، ولم تثبت باقراره منفرداً . وانما جاز نكاحه ؛ لأن النكاح من التصرفات التى لا يعد المال فيها مقصوداً ، وقد ذكرنا أن تصرفاته غير المالية تثبت كلها من غير حاجة إلى إجازة أحد قبل الوفاة أو بعدها ، وكما يصح زواجه يصح طلاقه وتطلق امرأته غير انه ان طلقها بائناً من غير رضاها تستحق ميراثها ويعتبر فاراً غير أن استحقاق الميراث مقيد بموته فى العدة عند أبى حنيفة وأصحابه ، ومقيد بعدم زواجها بغيره قبل موته ، عند أحمد وابن أبى ليلى وغير مقيد بشىء عند مالك ، وقال الشافعى لا تستحق الميراث [2] .

ب — شراء الأدوية وحاجاته التى لا يستغنى عنها سواء أكانت من أجنبى أم من وارث ما دام لم يكن هناك محاباة فى الشراء بأن اشتراها بقيمتها أو بغبن يسير يتغابن الناس به عادة ، وفى شراء ضرورياته من الوارث اضطربت عبارات الكتب ، ولكن الصحيح أن شراءه ما يلزمه من وارثه صحيح ما دام لا محاباة فيه . وقد جاء فى جامع الفصولين ما نصه : « ان مريضاً لو اشترى من وارثه بمعاينة الشهود ثمنه جاز كشرائه من أجنبى ، والوارث يخالف الأجنبى فى الاقرار . أما فيما ثبت عياناً فهما سواء ، ولم يذكر خلاف ؛ فهذا دل على جواز شراء المريض من

(١) جامع الفصولين الجزء الثانى فى أحكام المرضى .

(٢) راجع كتاب الأحوال الشخصية المطول لأستاذنا الجليل الشيخ احمد ابراهيم بك .

الوارث عند الكل [١] » . ومن هذه العبارة يستفاد أن مطلق شراء من الوارث يصح ما دام خالياً من المحاباة ، ويثبت الثمن ديناً على المريض إذا كان الشراء بمعاينة شهود ، وبذلك يختلف عن الاقرار بالدين للوارث [٢] .

حـ — الاجارة والاعارة فيملك المريض أن يؤجر لغيره ، وأن يعير أعيان تركته لغيره ، وليس لورثته بعد موته أن يعودوا على اجارته فينقضوها ، وعلى من أعار له عيناً مدة أن يطالبوه بعوض ما انتفع ، وذلك لأن له التصرف المطلق فى المنافع ؛ إذ حق الورثة متعلق بأعيان التركة وحق الدائنين متعلق بقيمة هذه الأعيان على نحو ما بينا ، فليس حق واحد من الفريقين متعلقاً بالمنافع ، فالمنافع خالصة لصاحب الأموال . ومن جهة ثانية فالمقرر عند أبى حنيفة وأصحابه أن العقود على المنافع تبطل بمجرد موت أحد العاقدين [٣] ، فاذا مات المريض فى مرضه فقد بطلت من تلقاء نفسها اجاراته واعاراته ، فالعقود على المنافع إذن لا تمس حقوق الورثة فى حال من الأحوال فى مذهب الحنفية ، فلا حاجة الى اجازتهم ومثل الاجارة والاعارة المزارعة والمساقاة ؛ لأن هذه كلها عقود على المنافع وهى سائغة له لا يتصل بها حجر .

د — عقود الشركة ، فاذا عقد شركة مع غيره ، فالعقد صحيح ولو كان فيه غبن عليه بالنسبة للربح ؛ لأن حقوق الورثة والدائنين تتعلق برءوس أموال الشركة ، ولا تتعلق بأرباحها ، إذ أرباحها كمنافعها لصاحبها ، إلا إذا تسلمها أو دخلت ملكيتها فى ذمته ، فى هذه الحال تصير جزءاً من رءوس أموال التركة ، وقبل

---

(١) راجع جامع الفصولين الجزء الثانى فى بيوع المريض مرض الموت .

(٢) قد رأينا كثيرا من كتاب العصر فى عصرنا يذكرون أن أحكام الشراء من الوارث كأحكام البيع منه من كل الوجوه ، وذلك لا يخلو من تسامح .

(٣) خالف ابو حنيفة بقية الأئمة ، فقد قرروا جميعا أن عقد الاجارة لوارث كعقد البيع ؛ لأنه عقد لازم والعقود اللازمة لا تبطل بموت أحد العاقدين . والقانون المدنى على هذا فى اجارة الأشياء ، الا ما استثناه منها .

ذلك فهى غيب ، وان عقد الشركة فى ذاته لا يضير الورثة فى شىء ؛ لأنه بمجرد وفاته يبطل العقد ؛ لأن عقود الشركات جميعاً تتضمن التوكيل ؛ لأنه يكون كل واحد من الشريكين وكيلا عنه وبموت أحدهما ينعزل الحى عن وكالة الميت ، فيبطل عقد الشركة المتضمنة للوكالة . وعلى ذلك إذا ضارب المريض بأن دفع جزءا من ماله لغيره ليعمل فيه ، ويكون الربح بينهما مناصفة مثلا صحت المضاربة وكان الربح مناصفة ، ولو كان فى ذلك غبن على المريض ؛ لأن ذلك ربح ، ولا حق للدائنين أو الورثة فى الربح قبل دخوله فى ملك المريض . ولقد جاء فى جامع الفصولين ما خلاصته : « مريض دفع ألفا الى شخص على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهما نصفان فربح ألفا فمات ، وأجر مثل العامل أقل من حصته فى الربح ، وعلى المالك دين محيط فللمضارب نصف الربح يبدأ به قبل دينه ؛ لأنه متبرع بمنفعة ماله ، إذ الربح ليس بمتولد من ماله ، وله أن يتبرع بمنفعة ماله ؛ إذ حق الغرماء والورثة لا يتعلق بالمنافع . . . واذا لم يسم للمضارب شيئاً ، فله أجر مثله يضرب مع الغرماء ؛ إذ حقه يجب ديناً بسبب لا تهمة فيه . وكذا كل مضاربة فاسدة يجب فيها أجر »[1] .

هـ — الخلع فالخلع من المريضة صحيح ، ولو ماتت فى مرض موتها ، ولكن بالنسبة لبدل الخلع يخشى أن تكون قد آثرته من بين ورثتها به ، ومن جهة ثانية يعتبر تبرعا من ناحية ، فيأخذ حكم الوصية على ما سنبين ، ولذلك اذا ماتت فى العدة كان الذى يستحقه المخالع الأقل من هذه الأمور الثلاثة : (١) ميراثه منها لو كانت زوجاً له ، (٢) ثلث تركتها (٣) بدل الخلع المذكور فى المخالعة فيأخذ أقل هذه الأمور الثلاثة مقداراً . وان ماتت بعد العدة استحق الأقل من ثلث

---

(١) وتراه فرق بين ما اذا كان المضارب قد اشترط مقدارا شائعا من الربح ، وبين ما اذا كان قد استحق أجرة ؛ فالأول يكون حقه أسبق من الدائنين لأن حقه متعلق بعين الربح ، والثانى يكون حقه دينا ، فيكون كسائر الديون .

التركة وبدل الخلع أى أنه يأخذ بدل الخلع بشرط ألا يزيد عن ثلث التركة[1].

§١٩٧ — هذه هى التصرفات التى لا يرد عليها الحجر الا بالقيود وفى الأحوال التى ذكرناها ، أما التصرفات المالية الخالصة التى تمس رأس مال التركة بالنقص فتلك هى موضع الحجر ، وموضع المنع بالقدر الذى لا يضار معه دائن ولا وارث ، ولا يصادم أهلية المريض من حيث ثبوت أصلها ، فهو يثبت بمقدار ما يدفع الضرر عمن يحتمل أن يناله الضرر ، باعطائه الحق فى اجازة التصرف ، ان كان التصرف يمس حقه وان كان لا يمس حقه فهو بمنجاة من رفضه ، أو اجازته ، واشترط لثبوت هذا الحجر أمران : أحدهما أن يكون التصرف قد صدر فى مرض يغلب فيه الهلاك ، كما بينا ، وثانيهما أن يموت الشخص فى مرضه هذا ، وعلى ذلك اذا تحقق أحد الأمرين دون الآخر بأن صدر التصرف من الشخص فى المرض ، وقبل أن يتحقق الثانى وهو الموت ، فما لأحد على تصرفه من سبيل ، لأن تحقق كون المرض مرض موت لم يتم ، ولا حجر قبل أن تبين ذلك . فاذا مات الشخص فى هـذا المرض تحقق الأمر الثانى ، فيثبت المنع مستنداً الى وقت المرض بأن تعرض كل التصرفات التى صدرت من ذلك الوقت على الوارث أو الدائن اذا كانت تمس ما لهذا من حق استيفاء الدين ، وما لذاك من حق الارث ، ويكون المريض فى هـذه التصرفات كالفضولى ، ولهؤلاء أن يجيزوها فتمضى ، أو لا يجيزوها فتبطل ، وفى حال اجازتها تكون صحيحة مستندة فى صحتها الى وقت صدورها وإذا لم يجيزوها بطلت.

ولقد قسم الفقهاء أقوال المريض التى تمس الدائنين والورثة الى قسمين أقوال اخبارية تثبت حقوقا مالية ، وهى اقرارات المريض ، والثانى تصرفات انشائية تثبت حقوقا مالية لم تكن ثابتة من قبل .

§ ١٩٨ — وحكم اقرار المريض أنه ان كان لأجنبى كان صحيحا ، غير أنه يتأخر عن استيفاء الديون عن الديون التى تكون ثابتة من غير اقرار ، وهى الديون التى تسمى ديون الصحة ، وهى تشمل الديون الثابتة قبل المرض باقراره

(١) راجع جامع الفصولين الجزء الثانى فى أحكام المريض ، وكتاب الأحوال الشخصية للأستاذ الشيخ احمد ابراهيم بك .

فى صحته ، أو التى ثبتت بعد المرض بحجج وبينات ، أو التى باشر أسبابها وقت المرض وعاينته شهود كقرض اقترضه أو ثمن أشياء اشتراها ، أو مهر نكاح عقده فى مرضه ، أما ماثبت من الديون باقرار المريض فى مرضه فانه يسمى دين المرض ، ويكون متأخرا فى الأداء عن ديون الصحة .

وان كان الاقرار بدين لوارث فلا ينفذ إلا إذا صدقه الورثة ، لأنه عسى أن يكون ذلك الاقرار لايثار ذلك الوارث بهذا المقدار من التركة ، والوارث الذى لايصح الاقرار له هو من قام به سبب الارث عند الاقرار ، وكان وارثا بالفعل عند الوفاة ، فاذا أقر لامرأة لم تكن زوجا له ثم تزوجها نفذ اقراره ، لعدم قيام سبب الارث عند الاقرار ، واذا أقر لأخيه ، وله ابن يحجبه عند الاقرار ثم مات ذلك الابن قبل أبيه ، فورثه الأخ المقر له لم ينفذ الاقرار ، وقال احمد بن حنبل ان الوارث الذى لايصح الاقرار له هو من كان وارثا وقت الاقرار لو مات ساعتها المقر ، سواء استمر ارثه الى الوفاة أم لم يستمر ، لأن العبرة فى ذلك هو فى صدور الاقرار مصحوبا بالتهمة ، ولا يكون ذلك إلا إذا تحققت التهمة وقت الاقرار بأن كان وارثا بالفعل ساعتها ، وعلى ذلك لا ينفذ الاقرار لأخيه اذا كان وارثا له وقت الاقرار ثم جاء له ابن حجبه من الميراث وقت الموت ، لأن الاقرار اذا أبطل فللتهمة ، ووقتها هو وقت صدوره ، فيصدر باطلا .

§ ١٩٩ — وحكم التصرفات الانشائية المالية أنها ان كانت لاتقبل النقض ولايرد عليه الفسخ كالعتق ، فهى تصدر من المريض فى حكم المعلقة على الموت ، فهى قبل الموت غير نافذة أو فى حكم غير الموجودة ، بمعنى أنه ان أعتق عبدا ثم مات يتبين بالموت أنه ما كان يسوغ الاعتاق ، فيعطى عتقه فى حال الحياة حكم الاعتاق المعلق على الموت ، فيعتق العبد بعد الموت ، ويسعى بقيمته للدائنين ان كانت التركة مستغرقة ، ويسعى بما تزيد قيمته به عن ثلث التركة ان لم تكن التركة مستغرقة . وانما أعطيت تلك التصرفات حكم التصرفات المعلقة ، لأنها لاتقبل النقض ، فاذا فرضناها نافذة فى الحياة ثم جعلنا للورثة ابطالها بعدم الاجازة بعد

الوفاة ، فقد فرضناها قابلة للفسخ ، وذلك لايتفق مع الوصف الشرعي الذى أعطاه الفقهاء اياها ، ففرض مايتفق مع ذلك الوصف ، وهو كونها معلقة .

وأما التصرفات المالية التى تقبل الفسخ كالهبة والوصية والبيع والشراء والصدقة والوقف ، فانها من المريض ذات أحكام متشعبة ليس موضع بيانها هنا ، بل عند بيان أحكام هذه العقود فى أبوابها فى كتب الفقه فليرجع اليها هنالك مفصلة ، ولكنا هنا نذكر القواعد التى يعود اليها التفصيل ، مع ملاحظة أن تلك الأحكام لا تكون إلا بعد الوفاة أما فى حال الحياة فهى صحيحة ، وها هى ذى القواعد :

ا — هذه التصرفات ان كانت لوارث لا تنفذ إلا باجازة الورثة ، سواء أكانت تبرعا صرفاً ، أم عقد مبادلة فيه محاباة أم مبادلة لا محاباة فيها قط ؛ بيد أنه يلاحظ أمران (أولهما) أنه إذا كان التصرف بيعاً بالقيمة بلا محاباة يسيرة أو كثيرة فقد أجازه الصاحبان ، ولو لم يجز الورثة ، وأبو حنيفة لم يجزه ، وأساس الخلاف ما بيناه فيما مضى من أن أبا حنيفة يقول ان حق الورثة تعلق بأعيان التركة بالنسبة للوارث ، ففى اعطائه عيناً منها ولو بالقيمة فيه معنى الايثار والوصية ، ولا وصية لوارث ، والصاحبان قالا ان حق الوارث متعلق بالقيمة والمالية . و بالبيع بمثل القيمة سلم حق الوارث ، فلا وجه لتوقف البيع على اجازته ، (ثانيهما) انه ان كان التصرف وقفاً يخرج من الثلث ، فان كان لوارث ، فان أصل الوقف ينفذ ، ولكن لا تصرف الغلة للوارث إلا إذا أجاز الورثه وتصرف هم على حسب الميراث إذا لم يجيز وا ، و يستمر الحكم كذلك ما دام الوارث حياً ، فاذا انتقل الاستحقاق إلى غيره كانت الغلة له ، ولم يكن للورثة شىء ؛ لأن محاباة الوارث بقدر استحقاقه فى الوقف ، فشاركوه فيه أو أجازوه ، واذا انتقل الاستحقاق لغيره ، لم يكن لهم فيه أى حق ، لعدم المحاباة . والوارث الذى لا تصح محاباته هنا هو الوارث فى باب الوصية ، وهو الوارث بالفعل عند الوفاة .

ب — إذا كان التركة مستغرقة بالديون ، وفيها سداد لكل الديون أو لم يكن ، فحق الدائنين فيها أن تسلم قيمتها لهم فكل تصرف من المريض لا يمس هذه

القيمة ، فهو نافذ ، وان لم يجيزوه ، وعلى ذلك لا تنفذ تبرعاته إلا إذا أجازوها . وكل بيع أو شراء فيه غبن ولو كان يسيراً ، لهم حق فسخه إلا إذا زاد المشترى أو نقص البائع بما يزيل الغبن ، لأن حقهم متعلق بالقيمة ، فيجب أن تسلم لهم ، واذا باع أو اشترى بلا غبن أصلا لم يكن لهم أن ينقضوه ؛ لأن حقهم متعلق بالقيمة والمالية ، كما بينا ، وقد سلمت لهم ، فلا وجه لاعتراضهم ، ولا لنقضهم ما أبرم .

ويلاحظ أن حق الدائنين مقدم على حق الورثة ، فلا شأن للورثة بالتركة ما دامت مستغرقة بالدين ، بيد أنهم اذا أرادوا استخلاصها بقيمتها ، وكانت مساوية للدين أجبر الدائنون على أخذ القيمة وتسليم التركة ، وان كانت قيمة التركة أقل من الدين لم يكن للورثة استخلاصها بقيمتها الا برضا الدائنين ، لأن لهم الحق فى استيفاء ديونهم كاملة ، وعساهم يبقون العين فى أيديهم ، حتى يستطيعوا بيعها فى وقت تعلو فيه قيمتها ، ويكون فيها وفاء بدينهم .

حـ — اذا لم تكن التركة مستغرقة بدين بأن لم تكن مدينة أصلا ، أو كانت مدينة بدين غير مستغرق ، وقد استوفى منها ، فمن حق الورثة أن يسلم لهم ثلثا قيمة التركة بعد الدين ، فكل تصرف للمريض سواء أكان تبرعاً أم مبادلة يمس هذين الثلثين ، فللورثة منعه ، حتى لا يمس حقهم فى الثلثين ، وعلى ذلك فكل تبرع لأجنبى سائغ ، مادام فى حدود الثلث ، وكل عقد مبادلة مع أجنبى بيع أو شراء نافذ من غير حاجة الى اجازتهم اذا لم تكن فيه محاباة أصلا أو كانت فيه محاباة يتسع لها ثلث التركة ؛ فان كانت تزيد المحاباة عن الثلث ، فللورثة الحق فى منع التصرف حتى تزول الزيادة التى مست الثلثين اللذين يجب أن يسلما لهم .

هذه هى القواعد التى ترجع اليها تصرفات المريض مرض الموت الانشائية التى تقبل النقض والفسخ ، وهى الأصل فى هذا الباب ، وقد بيناها معتمدة على أصولها التى اشتقت منها ، فارجع اليها .

أهلية المريض مرض الموت فى القانون المدنى المصرى

§ ٢٠٠ — مما تقدم يتبين أن الشريعة الاسلامية ما حدث من عقود

المريض مرض الموت وتصرفاته لمنى فى عقله أو فى أهليته من حيث هو كامل رشيد ، ولكن للمحافظة على حق الدائن والوارث ، ليتمكن الدائنون من استيفاء ديونهم ، ولكيلا يتمكن هو من تضييع حق الورثة فى تركته سيرا وراء رغبة دافعة لايثار بعض الورثة مخالفاً بذلك أحكام الارث ، أو اندفاعا وراء محبة أو شهوة ، باعطاء من لا يستحق أكثر مما له هو بحكم الوصية ، أو تدفعه مغاضبة بعض الورثة بمحاولة حرمانه من ميراثه بعد موته . ولقد كان نظام التوريث للمصريين[١] خاضعاً للشريعة الاسلامية ، يستمد أحكامه منها ؛ بينما المعاملات المالية كلها خاضعة للقانون المدنى المستمد فى جملته من الشريعة الفرنسية ، فلم يكن من الانسجام بين قوانين الدولة أن تكون أحكام التوريث مستمدة من الشريعة الاسلامية ، وأحكام تصرفات المريض مرض الموت المالية خاضعة لأحكام القانون المدنى الفرنسى ؛ إذ ذلك يفك عروة التماسك بين القوانين المصرية ، فيهدم بعضها بعضا ، ويكون الشارع المصرى كمن يهدم بيد مايبنيه باليد الأخرى ، إذ يستطيع الشخص أن يتحلل من قيود الميراث وهو فى مرض موته ، ببياعات صورية أو غير صورية يعقدها ، أو هبات يعطيها من يشاء ، ويحرم بها من يشاء ، ويقسم تركته أوزاعا ، حتى لايصل الى الوارث غير المجدود الا القليل ، أو لا يصل اليه قليل ولا كثير ، فيهدم بذلك نظام التوريث المستمد من الشريعة الاسلامية ، إذ يتقيد بها الشخص أمام المحاكم الشرعية ، ثم يجد انطلاقه من قيده فى ظل القانون المدنى ، فيعقد ما شاء ، ويمنع من يشاء من ورثته تحت حمايته ، لذلك كان من اتساق الشرع المصرى أن كانت الوصايا خاضعة لأحكام الشريعة ، وأن تكون أحكام تصرف المريض مرض الموت مستمدة أيضا من الشريعة ، لتستطيع أن تحمى أحكامها ، فتمنع المتململين من قيود التوريث فيها أن ينطلقوا

---

(١) يلاحظ أن المحاكم الشرعية مختصة بالنظر فى تركات غير المسلمين ، وما يتعلق بها من وصايا وتوريث ، وتقضى فى ذلك بمقتضى القانون الاسلامى الا اذا حصل اتفاق من الورثة على التقاضى أمام المجالس الملية . وذلك بمقتضى الخط الهمايونى العالى الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٨٥٦ .

الى الظلم ، وقصد ما لم يشرعه كتاب ولا سنة .

٢٠١ — وكان مقتضى هذا أن تكون كل أحكام تصرف المريض مرض الموت مستمدة من الشريعة ، ولكن لم يذكر حكم تصرف المريض مرض الموت مستأنسا بالشريعة ، قابسا قبسة منها إلا فى البيع فى المواد ٢٥٤ ، ٢٥٥ ، ٢٥٦ ، وهذا نص هذه المواد الثلاث :

المادة ٢٥٤ — لاينفذ البيع الحاصل من المورث ، وهو فى حالة مرض الموت — لأحد ورثته ، إلا اذا أجازه باقى الورثة .

المادة ٢٥٥ — يجوز الطعن فى البيع الحاصل فى مرض الموت لغير وارث اذا كانت قيمة المبيع زائدة على ثلث مال البائع .

المادة ٢٥٦ — فاذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال البائع وقت البيع ألزم المشترى بناء على طلب الورثة اما بفسخ البيع أو بأن يدفع للتركة ما نقص من ثلثى مال المتوفى وقت البيع ، وللمشترى المذكور الخيار بين الوجهين المذكورين .

هذه نصوص القانون التى تتعلق بتصرفات المريض مرض الموت فى القانون المدنى المصرى ، وقد أجمع شراحه على أن المصدر التاريخى لهذه المواد هو الشريعة الاسلامية ، إذ ليس لهذه المواد نظير فى الينبوع الذى استقى منه القانون المصرى مواده ، وهو القانون الفرنسى ، وهى من جهة ثانية تتحد فى الجملة مع أحكام الشريعة الغراء . بيد أنه ينبغى لنا أن نلاحظ ملاحظتين فى موضعين اختلفت حولها أنظار شراح هذا القانون ، وتضاربت حولها أحكام المحاكم وقتا طويلا .

(أحدهما) ما تراه بادى الرأى من أن المادة ٢٥٥ تختلف عن أصلها الشرعى ؛ لأن الحكم الفقهى لا يجعل البيع لأجنبى موضع طعن للوارث إلا إذا كان فيه محاباة تجاوزت الثلث ، فللورثة حينئذ الحق فى الطعن ، لكى يسلم الثلثان لهم ، وهما حقهم فى الميراث . أما المادة ٢٥٥ فقد جعلت لهم بظاهرها الطعن فى البيع إذا كان المبيع نفسه قد تجاوز الثلث ، ولو كان البيع بمثل القيمة ، أو بثمن يسير ، ولا تشترط لجواز الطعن أن تكون فيه محاباة تجاوزت الثلث كما هو حكم

الشريعة الغراء . وقد اختلفت فى هذا أنظار الشراح ، فنهم من قال ان القانون المدنى خالف فى هذا الشريعة ، ولا مانع من أن يخالف الشارع ما جعله مصدراً تاريخياً لجزء من القانون ؛ فهو يتخير من ذلك المصدر ما يراه أصلح ، ولقد رأى الشارع المصرى أن يحتاط فى هذا المقام فجعل للوارث الحق فى الطعن فى أى تصرف يسمح بخروج عين من أعيـان التركة تتجاوز قيمتها ثلث التركة ، وعسى أن يكون البيع صوريا ، ولم يقبض البائع ثمناً ، ورأى فريق آخر أن تخرج تلك المادة تخريج الشريعة ؛ لأنها مجملة ، والشريعة هى التى تفصل ذلك المجمل ، بل انها إذا اقترنت بالمادة التى تليها يجب أن تفسر بأحكام الشريعة ؛ لأن المادة التى تليها وهى المادة ٢٥٦ جعلت مدى طعن الورثة ينتهى الى تخيير المشترى بين فسخ البيع ، أو يدفع لهم ما يتم به ثلثا التركة لكى يسلم لهم الثلثان ، واذا كان هذا مدى الطعن ، فمعنى هذا الطعن ومغزاه هو أن يتأكد الورثة سلامة الثلثين بمقتضى القانون ، وذلك هو حكم الشريعة نفسه ، ولئن كانت العبارة فيها اضطراب أو ابهام ، فالأصل التاريخى يزيله أو يفسره . وقد ذكر الرأيين المرحوم فتحى زغلول باشا ، فقد جاء فى شرحه تعليقاً على حكم المـادة ٢٥٥ ، ٢٥٦ ما نصه : « هذا الحكم أشد من مأخذه ، وهو الشريعة الغراء ؛ لأنها لا تقضى بالفسخ أو التكملة إلا إذا كان البيع بغبن فاحش ، وكان المبيع [1] زائدا على ثلث مال البائع والسبب فيه كراهة القانون بيع المريض لأجنبى ، هذا هو ظاهر النصوص ، وهناك مذهب ثان يقول بعدم وجود خلاف بين القانون والشريعة فى هذا الموضوع ، وأن الأول جرى على حكم الثانية ، فنص فى المادة ٢٥٥ على جواز الطعن ، و بين حكمه فى المادة ٢٥٦ . فقرر أنه لا ينتج إلا فسخ البيع فى الكل أو تكملة ما نقص عن ثلثى المال بخيار المشترى ، فلو باع المريض كل ملكه ، ولم يكن هناك غبن ، فلا وجه للفسخ ، أما إذا وجد الغبن ، ونقصت به قيمة الثلثين ،

---

(١) صوابها أن الغبن نفسه يكون زائدا على ثلث مال البائع ، فزيادة المبيع عن الثلث أو نقصه ليست موضع النظر انما موضع النظر هو زيادة الغبن عن الثلث .

فالتكملة أو الفسخ .

وعندنا أن الرأيين واردان وأن ايجاز القانون ، وعدم تدقيقه فى اللفظ عند نقل هذا الحكم من أصله هو الذى أدى الى هذا الخلف ، وان كانت قواعد التفسير تقضى بترجيح الرأى الأول ؛ لأن عدول القانون اللاحق عن قيد مشروط فى سابقه ترك لهذا الشرط ، واطلاق للحكم ، كما لا يخفى » (١) .

و يرى حلمى عيسى باشا فى كتابه البيع أن التفسير الأول هو الصحيح ، ويعلل ذلك بأن الشارع المصرى احتاط بالنسبة للبيع للأجنبى خشية أن يكون البيع هبة أخذت صورة البيع ، لأن من الصعب معرفة القدر المتبرع به اذا أقر البائع ، وهو مريض فى عقد بيع بمحاباة أنه قبض جميع الثمن ، وليس لديهم من الاثبات ما يتمكنون به من بيان أنه ماتسلم ثمناً ، وان عقده تبرع فى صورة بيع . فأعطاهم القانون حق الطعن مطلقاً اذا زادت قيمة المبيع عن ثلث التركة ، فاذا طعنوا فى أصل البيع ، وألقى عبء إثبات تسليم الثمن على المشترى ، وثبت بالبينات والحجج أن الثمن وصل الى المريض ، أو أنه قد وصله ما يجعل الثلثين سالمين للورثة أجيز البيع ، والا خير المشترى بين الفسخ أو سد النقص فى الثلثين ، وفى الحق ان ذلك يكون تنفيذاً لفكرة الشريعة من طريق غير طريقها فى الترافع (٢) .

---

(١) شرح القانون المدنى هامش صفحة ٢٢٨ وبحث تصرفات المريض مرض الموت المنشور بمجلة القانون والاقتصاد فى السنة الثامنة للأستاذ الجليل محمد كامل بك مرسى .

(٢) استخلصنا هذا المعنى من كتاب البيع للأستاذ حلمى عيسى باشا فقد جاء فيه : « ان الشارع أراد أن يتخذ لنفسه طريقا آخر غير طريق الشريعة الاسلامية فى اعتبار القدر الجائز التبرع به ، وهو النظر للبيع لا للثمن فان الشرعيين يعتبرون القدر المحابى به فى الثمن هو الذى يأخذ حكم الوصية ، فأراد واضع القانون المصرى أن يجعل البيع هو الذى تسرى عليه هذه الأحكام ، فان كان البيع لأجنبى يخرج من ثلث التركة نفذ ، والا جاز للبائع أن يلزم المشترى بفسخه أو برد قيمة ما نقص من ثلثى مال المتوفى ، وهذه طريقة أكثر مطابقة للعمل ، وموافقة لمذهبه فى الهبة الموصوفة ببيع ، فان من الصعب معرفة القدر المتبرع به اذا أقر البائع فى عقد بيع بمحاباة ، أنه قبض جميع الثمن ولا يمكن التصريح من جانب آخر للورثة باثبات ذلك بشهادة الشهود ؛ لأن فيه مخالفة لقواعد الاثبات » راجع كتاب البيع ص ٣٠٧ وبحث الأستاذ الكبير محمد كامل بك مرسى المنشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الثامنة .

وكما اختلف الشراح ذلك الاختلاف اختلفت المحاكم أيضاً فمنها من أخذ برأى حلمى عيسى باشا ، وهو يؤيد الرأى الذى يقول إن القانون سلك مسلكا يخالف مسلك الشريعة فى المحافظة على سلامة الثلثين للورثة . ومنها ما أخذ بالرأى الذى يفسر المواد بما يتفق مع طريقة الشريعة فى المحافظة على حق الورثة بتوقف البيع على اجازتهم اذا كان فى البيع غبن فاحش زاد مقداره عن الثلث ، ومحكمة الاستئناف من هذا الرأى (١) .

٢٠٢ — هـذا هو الموضع الأول الذى كان موضع ملاحظة على مواد القانون الخاصة بمرض الموت . أما الموضع الثانى ، فهو أن القانون لم يذكر من تصرفات المريض مرض الموت إلا البيع ، ولم يتصد لسواه ، فلم يذكر شراء المريض ، كما لم يذكر ابراءه ، واقراراته سواء أكانت لوارث أم لأجنبى ، فهل يرجع فيها للشريعة بالقياس على البيع ، ولأن أحكامها ذات صلة كبيرة بالميراث ، والميراث يحكم فيه بمقتضى الشريعة ،ولأن اقراراته وابراءه تأخذ حكم الهبات . ويحكم فيها بمقتضى الشريعة فى الجملة ؟ اختلفت المحاكم فى ذلك أيضا . فبعض المحاكم قصر الحكم على مورد النص ، واعتبر التصرف الذى أعطى فيه المريض حكما خاصاً فى القانون المدنى هو البيع ؛ فيقتصر عليه ، لأن المريض كامل الأهلية ، فلتصرفاته أحكام كاملى الأهلية ، ولأن النص على البيع جاء على خلاف القياس ، وما يجيء على خلاف القياس لا يعلل النص فيه ، ولا يقاس عليه غيره ، ولو أراد الشارع أن يأخذ بكل أحكام المريض مرض الموت التى اختصته الشريعة بهـا لنقلها جملة اليه ، ولم يقتصر على بعضها ، فاقتصاره على بعضها دليل على أنه ما أراد غير ما اختاره ، وما قصد غير ما نقله ، فاذا توسعنا فيها وأعطينا تصرفات المريض كل الأحكام التى أعطيتها فى الشريعة كان ذلك تحميلا للنصوص ما لا تحتمل ، وكان فوق ذلك مجافاة لقصد الشارع فى تخصيص ما ذكره بتلك الأحكام .

وبعض المحاكم يرى أن تقيد تصرف المريض مرض الموت بمـا لا يضر

---

(١) راجع بحث الأستاذ كامل بك مرسى المنوه عنه .

بالوارث يجب ألا يقتصر على ما نص عليــه فى القــانون بل يعدوه إلى تصرف تتحقق فيه المضارة بالوارث ، وخصوصاً فيما نص عليه الفقه الاسلامى ، وذلك ؛ لأن النص على تقييد بيعه الغرض منه تقرير القاعدة الشرعية العامة التى تقضى بعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت التى تضر الورثة وتعطيها حكم الوصية ، فقصر النص على البيع لا يمنع شمول ماعداه ، لأنه لم يرد نص سالب مانع من تعميم الحكم على كل التصرفات التى تضر بالوارث كالاقرار لأحد الورثة فى حال المرض ، ولا بينة سوى الاقرار من المريض ، وكالشراء من وارث بمحاباة ، أو الشراء من الأجنبى بمحاباة تجاوزت الثلثين ، هذا والنص معلل ، فما من نص فى القانون إلا وله علة باعثة عليه ، وحكمة دافعة اليه ، والعلة هى بلا ريب منع الضرر الواقع على الوارث من تصرفاته سواء أكانت انشائية أم اخبارية ، ولا يتصور أن الشارع أتى بنص من غير علة له ، والا كان عابثاً . وان هذه العلة تتحقق فى غير البيع للوارث بأكثر مما فى البيع أحيانا ، فهى واضحة فى اقراره لوارث بمال لم تقم عليه أى بينة ، ولم يوجد عليه أى دليل سوى هذا الاقرار ، فهو يدخل فى المنع بدلالة الأولى لوضوح العلة فيه أكثر من البيع . هذا ولم يوجد نص فى القانون يبين أحكام تصرفات المريض مرض الموت فى غير البيع ، ولا جائز أن نقول ان أحكام الصحيح تشمله ؛ لأنه باتفاق فقهاء الشريعة قد حد من تصرفاته بمــا يحفظ للورثة حقوقهم ، و يعتبر الفقهاء أن المرض عارض من عوارض الأهلية يرد عليها بالتقييد، فلا تطبق عليه النصوص الخاصة بالصحيح ، لأن هذا حريته مطلقة فى التصرفات إذا لم يتعلق بها حق غيره أما ذاك فحريته مقيدة ، لتعلق حق الورثة بماله . و إذا كان القانون لم يأت بنصوص تبين سائر تصرفات المريض مرض الموت فالقضاء مأمور بتطبيق قواعد العــدل والانصاف بمقتضى المــادة ٤٩ من لائحــة ترتيب المحاكم الأهلية ، وليس أعدل من احاطة المورث ، وهو فى مرض الموت بسياج يمنعه من اصدار تصرف يضر بمصلحة بعض الورثة [١] .

---

(١) استخلصنا أدلة الفريقين من المحاكم مما ساقه الأستاذ الكبير الدكتور محمد كامل مرسى بك من أحكام فى بحث المريض مرض الموت المنوه عنه سابقا .

٢٠٣ — هـذا وان تناول المحاكم الأهلية بدرجاتها تصرفات المريض مرض الموت فى أحكامها جعله موضع بحث واستنباط وتقص فى الفقه الحديث ، فاتسع نطاق البحث فيه ، وكثر التفنن فى تعليل أحـكامه ، والـكشف عن مدفون آراء الفقه الاسلامى فيه ، وتتبع دقائقه ومراميه ، فاستفاد الفقه القديم حياة جديدة ، وجرى فيـه دم غزير أمده به الفقـه الحديث ، وهكذا كل موضوع يتناوله التطبيق الحر ، ويأخذه بالعمل الفـكر المستقيم ، فلقد كان تشعب الأنظار وتقارب الآراء واحتكاكها مضيئا لجوانب الموضوع من نواحيه الفقهية والقانونية والمصلحية . وكل كان موفقا فى اتجاهاته ، لايبعد عن سمت الشريعة وطريقها الا فى القليل النادر جدا [1] والنادر لايعطى حكما ، ولا يطغى على ما فى الـكثير مما يوجب الثناء والاطراء .

الولاية

§ ٢٠٤ — تكلمنا فيما مضى على أحد العنصرين اللازمين لنفاذ العقد ؛ وهما الأهلية والولاية ، فتكلمنا فى أهلية الوجوب ، وأهلية الأداء فى حال فقدها ، وفى حال قصورها ، وقلنا ان كمالها بالبلوغ والرشد ، ثم تكلمنا فى أهليـة المرأة وأهلية المريض مرض الموت . ومناط الأهلية اللازمة لصحة العقد أن تكون عبارة العاقد صالحة لأن يقصد بها معانى العقد ، فمعنى الأهلية فى العقود متجه إلى صلاحية العبارة فى ذاتهـا لأن تنعقد بها العقود والتصرفات أو لا تنعقد ، فاذا

---

(١) ومن ذلك القليل النادر ما جاء فى أحد أحكام محكمة الاستئناف من « أنه اذا أوصى شخص لأحفاده بمقدار نصيب والدهم المتوفى فى تركته ، فلهم بعد موته نفس الحقوق التى لكل أولاد ذلك الجد ، وعليهم نفس الواجبات ، ومن هذه الحقوق أن يجيزوا أو يمتنعوا عن اجازة البيع الصادر من جدهم لباقى أولاده فى مرض موت جدهم . وقد ألغت المحـكمة حكم المحـكمة الابتدائية الذى قضى باعتبار أولاد ابن المتوفى موصى لهم ، لا ورثة ، واعتبار البيع الصادر عن الجـد عدولا عن الوصية فى المقدار المبيع » راجع فى هـذا بحث الأستاذ كامل بك مرسى . وعندى أن هذا لا يؤيده فقه ، ولا يعتمد على قانون ، بل يناقضه الفقه الاسلامى ، والقانون المصرى ، ولـكن يلاحظ أن الدائرة التى أصدرته فيها عضوان انجليزيان والثالث مصرى .

انعقدت العقود بعبارة شخص كان عنده أهلية أداء كاملة أو قاصرة ، وان لم تكن عبارته صالحة لأن تعقد بها العقود لم تكن عنده أهلية أداء أصلا .

هذه هى الأهلية ، أما الولاية فمعناها أن يكون للعاقد سلطة تمكنه من تنفيذ العقد ، وترتيب آثاره عليه ، وتلك السلطة قد تكون بالاصالة ، وقد تكون بقيام الشخص على شئون غيره بولاية شرعية أعطاها له الشرع الشريف ، كولاية الأب على ابنه ، وولاية الجد على حفيده ، أو بوصاية من أبى الشخص أو جده ، أو القضاء ، وقد تكون تلك السلطة بتوكيل صاحب الشأن وانابته ، كما فى التوكيل بالبيع والشراء والنكاح ونحو ذلك . ومن هذا يتبين أن ولاية العاقد على العقد تكون لأحد أسباب ثلاثة :

١ — الاصالة فيها بأن يكون متولى العقد هو صاحب الشأن فيه ، وذلك يكون لكامل الأهلية اذا عقد لنفسه فكمال الأهلية يثبت معه حتما الولاية التامة على شئون نفسه ، فالبالغ العاقل الرشيد له الولاية التامة على شئونه وعقوده وتصرفاته لا يحد منها إلا ما يتعلق بحق الغير .

٢— أن يكون للشخص ولاية على غيره بولاية شرعية يعطيها له الشارع ، وهى لا تكون إلا للأب أو الجد أبى الأب[1] أو بوصاية من قبل الأب أو الجد أو القاضى ، وهذا النوع من الولاية يثبت فى عقود فاقد الأهلية أو ناقصها لهؤلاء الأقارب أو للوصى الذى يعينه الأب أو الجد أو القاضى ، ولهذا النوع من الولاية ترتيب ، وللولى أو الوصى فيه تصرفات حدها الشارع ملاحظا مصلحة المولى عليه المادية والمعنوية ، وموضع تفصيل هذا فى الأحوال الشخصية ، فليرجع اليه هنالك .

٣ — أن تكون ولاية الشخص على العقد بتوكيل من صاحب الشأن ، ويتبين ذلك فى الوكالة وأحكام العقود بسببها .

وإذا عقــد الشخص ، وعنده أهلية أداء ، ولم تكن له ولاية لعدم وجود

---

(١) وتكون فى النكاح للأب والجد ، وسائر العصبات .

سبب من أسباب الولاية السابقة ، فهو فضولى ، فالفضولى من يتصرف تصرفا أو يعقد عقدا ليست له ولاية عليه .

وقد بينا سبب الولاية الأول فى الكلام على أهلية الأداء ، ولنترك الكلام على السبب الثانى ؛ لأنه مفصل فى الأحوال الشخصية ، وبيانه هناك أليق وأنسب ، فلنتكلم على السبب الثالث ، وعقود الفضولى .

العقد بالوكالة عن صاحب الشأن

§ ٢٠٥ — الوكالة عقد بين شخصين من مقتضاه أن يقوم أحدهما مقام الآخر فيما يملكه من تصرف معلوم ، فالعقد بمقتضى الوكالة يختلف عن العقد بمقتضى الولاية الشرعية أو الوصاية ؛ إذ أن الذى عقد لأجله العقد له سلطة فى اقامة العاقد مقامه فى الوكالة ، اذ الوكيل يتولى ولاية العقد بالاستمداد من ولاية الموكل الذى يعقد له . وفى الوصاية والولاية الشرعية لا يستمد العاقد السلطة ممن عقد له ، بل يستمدها من اعتبار الشارع له نائبا عن القاصر الذى يعقد عنه ؛ لأن القاصر ما أعطاه سلطة ، وليس له فى اقامته ارادة ، بل الذى أعطاه تلك السلطة هو الشارع .

٢٠٦ — والقانون الرومانى لم يكن يعرف العقد بمقتضى الوكالة الا فى قيام الابن أو العبد مقام رب الأسرة فى اثبات حقوق له ، فاعترف بتولى هذين عقوده بالنيابة على شرط أن تتحقق تلك النيابة فى إثبات كونه دائنا صاحب حقوق ، لا مدينا تثبت عليه الحقوق والالتزامات ، ثم تدرج هذا القانون بعد ذلك ، فاعترف بعقود يتولاها الوكيل عن غيره معتبرا الوكالة ، على أن تنحصر آثارها فى أن يكون الموكل مدينا تثبت عليه الحقوق ، ولا تثبت له بمقتضى تصرفات الوكيل عنه حقوق قط ، فلم يعط القانون الرومانى فى أى عصر من عصوره الموكل الحق فى أن يطالب من عقد معه وكيله بحكم العقد وحقوقه ، بل يتولى ذلك الوكيل ، وان أعطى ذلك القانون فى آخر أدواره من عقد معه الوكيل الحق فى مطالبة

من وكله بحقوق العقد عليه [١] .

فلما خلف الفقه الحديث من بعد القانون الرومانى اعترف بالوكالة وأساغها ، بيد أنه لا زال القانون الفرنسى لا يجيز التوكيل فى عقود الزواج والتبنى ، والاقرار بالبنوة الطبيعية والوصية ، وحيث لا يجوز الأخذ بأقوال وكيل ، كذلك لا يجوز الأخذ بأقوال رسول فى هذه المسائل أيضا [٢] .

§ ٢٠٧ — أما الشريعة الاسلامية فقد اعترفت بالوكالة كاملة ، وجعلت كل عقد أو تصرف شرعى له آثار يرتبها الشارع عليه تجوز فيه الوكالة ، فكل ما يجوز للشخص من التصرفات الشرعيــة والعقود له أن يوكل فيه ، ولم يستثن شيء من العقود ، ولا التصرفات الا الأعمــال القانونية التى اشترط الشارع أن يتولاها ذو الشــأن بنفسه [٣] كاستيفاء القصاص من الجانى ؛ فان الشــارع قد جعل لوليه سلطانا فيه دون سواه ، فلا يقبل التوكيل فيه . و بقية التصرفات والعقود الشرعية تقبل فيه الوكالة ، وقد ذكر صاحب الهداية ضابطا لما تجوز فيه الوكالة من العقود ، فقال : « كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه ، جاز أن يوكل غيره به » فالشريعــة كما ترى أوسع الشرائع رحابا وحرية فى الوكالة أجازتها فى كل عقود التجارة ، وفى عقود الأنكحة ، وسائر التصرفات كالوقف والاعتاق والطلاق والخلع وغير ذلك ممــا يملكه الشخص ، ويمكنه الانابة فيه بحكم الشارع ، وذلك لأنه قد وردت الآثار عن النبى صــلى الله عليه وسلم بأنه وكل غيره فى عقود مالية ، ولم يعرف أن هذه خصوصية له فتكون عامة ، كما ثبت أنه وكل عمرو بن أمية الضميرى فى تزويجه عليه السلام من حبيبة وهى بالحبشة ، بل لقد ثبت أن الأمة الاسلامية قد أجمعت على جواز الوكالة فى الجملة ؛ لأن الحاجة داعية اليها ، فان من الناس من لا يمكنه فعل كل ما يحتاج اليه بنفسه ،

---

(١) و (٢) راجع نظرية العقد للأستاذ الدكتور السنهورى بك هامش صفحة ٢٠٨ ، ٢٠٩ .

(٣) ومثله الشهادة ؛ فان الانابة فيها لا تصح ؛ وكذلك اليمين . وغير ذلك من المســائل التى لا يقبلها الشارع الا من الشخص نفسه .

فاحتاج الى وكيل يقيمه مقامه كما أن « من الناس من لا يحسن البيع والشراء ، ولا يمكنه الخروج الى الأسواق ، وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه ، وقد يحسن ولا يتفرغ له ، وربما لا تليق به التجارة لكونه امرأة ، أو ممن يتعير بنوعها ، ويحط ذلك من منزلته ، فأباحها الشارع دفعاً للحاجة وتحصيلا لمصلحة الانسان »[1] .

§ ٢٠٨ — والوكيل ينال الولاية على العقد من الموكل ، كما ذكرنا ، ولذا يجب أن يكون الموكل ذا أهلية للعقد الذى يعقده وكيله بتوكيل منه فيه ؛ لأنه يستمد القوة منه فيه ، وينفذ العقد بتمكين الموكل منه ، فيجب أن يكون هو أهلا له ؛ اذ فاقد الشىء لا يعطيه لغيره ، والضابط فى ذلك أن كل من صح تصرفه فى شىء بنفسه ، وكان التصرف مما يقبل النيابة صح أن يوكل فيه أى شخص سواء أكان رجلا أم امرأة وسواء أكان مسلما أم غير مسلم ، ومناط الضابط كما ترى امتلاكه للتصرف بنفسه فيما يوكل فيه ؛ فما لا يملكه بنفسه لا يملك التوكيل فيه . وعلى ذلك لا يصح التوكيل من المجنون ، والصبى الذى لا يعقل أصلا ؛ لأن العقل من شرائط أهلية الأداء ، فليس عند هؤلاء أهلية أداء ، فلا يملكون التصرفات بأنفسهم ، وكذلك لا يصح التوكيل من الصبى العاقل بما لا يملكه بنفسه كالطلاق والعتاق والهبة ونحوها ، ويصح توكيله بالتصرفات النافذة منه كقبوله الهبة لأنه مما يملكه بنفسه بدون اذن وليه ، فيملك التوكيل فيه الى غيره ؛ وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والاجارة ، فان كان مأذونا بالتجارة يصح منه التوكيل فيها ؛ لأنه يملكها بنفسه بمقتضى ذلك الاذن ؛ وان لم يكن مأذونا ينعقد توكيله فى العقود القابلة للنفع والضرر موقوفا على اجازة وليه أو وصيه[2] ، والسفيه وذو الغفلة يجوز توكيلهما فى كل ما يملكانه بأنفسهما من غير توقف على اذن القائم على شئونهما ، فيصح منهما التوكيل بالنكاح

---

(١) المغنى الجزء السادس ص ٢٠٣ .

(٢) البدائع الجزء السادس ص ٢٠ .

والطلاق والوقف على النفس والذرية ومن بعدها على الفقراء ، والوصية بما لا يزيد عن الثلث اذا كانت على غير وصايا أهل الفساد ، وهكذا .

هذا ما يتعلق بما يجب توافره فى الموكل ، أما الذى يجب توافره فى الوكيل ، فليس هو كمال الأهلية بل صلاحية عبارته لأن ينعقد بها عقود ، بأن يكون ذا قصد معتبر فى انشاء مطلق عقد ، ولذلك يجب توافر شرط واحد فيه ، وهو أن يكون عاقلا سواء أكان بالغا أم غير بالغ ، وسواء أكان رشيداً أم سفيها ، فيصح أن يكون الصبى المميز وكيلا عن غيره ؛ لأن عبارته صالحة لأن تنعقد بها العقود ، وهو يفهم معانيها فى الجملة ، ولكن عقوده الضارة به لا تنفذ عليه رعاية لمصلحته ، ورحمة به خشية أن يؤذيه ضعف الصغر ، والعقود التى تقبل الضرر والنفع احتاجت الى اذن الولى ليجتمع رأياهما . وقد خالف الشافعى رضى الله عنه فى صحة التوكيل للصغير ، وذلك هو مقتضى قاعدته القائلة : ان كل شىء حجر على الصغير فيه لا ينعقد اذا تولاه هو ، وقد حجر الصغير المميز عن العقود ، فلا تنعقد منه لنفسه أو لغيره ، وقد بينا ذلك فيما مضى .

أما أبو حنيفة وأصحابه فيسيرون على مقتضى قواعدهم ، وهو أن الحجر على الصغير المميز ليس لعدم صلاحية عبارته للعقود ، بل لحفظ أمواله ، وعجزه عن ادارتها بمقتضى صغره ، فضم اليه من يعينه ويهديه ويربيه ، وهو الولى أو الوصى . ولقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة قالت ان أوليائى غيب يارسول الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ليس فيهم من يكرهنى » ثم قال لعمرو بن أم سلمة قم فزوج أمك منى ، فزوجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولقد قالوا انه كان فى ذلك الوقت صبيا[1] مميزا ، ولم يكن قد بلغ الحلم ، فدل هذا على صحة اقامته وكيلا فى النكاح ، والنكاح أخطر العقود ، وأبعدها أثرا فى حياة العاقدين .

٢٠٩ — والوكيل إذا تمت وكالته يعقد العقود التى يعقدها بعبارته هو ،

---

(١) البدائع الجزء السادس ص ٢٠ .

لا بعبارة الموكل ، وارادته هى العنصر الداخل فى تكوين العقد بتلاقيها مع ارادة العاقد الآخر ، وليست إرادة الموكل هى العنصر المكون ، وهـذا ما تصرح به كتب الحنفية ، وتنطق به العبارات المأثورة عن فقهائهم . فقد جاء فى الزيلعى ما نصه : « الوكيل أصل فى العقد ؛ لأن العقد يقوم بالكلام ، وصحة كلامه باعتبار كونه آدميا عاقلا ، وقضيته أن يكون الحاصل بالعقد واقعا له ، غير أن الموكل لما استنابه فى تحصيل الحكم جعلناه نائبا فى حق الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصوده » ومثل ذلك جاء فى البدائع وفتح القدير وغيرهما ، وهذا يدل على أن ذلك هو مذهب أبى حنيفة ، فالوكيل اذن على هـذا المذهب يعقد بارادته لا بارادة موكله ، وما عساه يكون عيبا فى الرضا يتعلق بارادته هو لا بارادة الموكل ، فاكراهه يفسد العقد ، كما أن هزله يفسده أيضا إذا كان من العقود التى يؤثر فيها الهزل والاكراه ، وله شرط الخيار لنفسه ، وله الرد بخيار العيب ، وله خيار الفسخ اذا تبين أن العقد حصل فيه غلط بأن عقد على أساس أن المعقود عليه موصوف بوصف مرغوب فيه ، وتبين أنه موصوف بغيره ، لأن كل هـذه الأمور تتعلق بالرضا ، والعبرة فى الرضا هو رضا العاقد ، وهو الوكيل هنا .

§ ٢١٠ — وإذا كان العاقد يعقد بارادته المستقلة ، وهى العنصر الداخل فى تكوين العقد لا ارادة الموكل ، فهل حكم العقد وحقوقه ترجع الى الوكيل ؟ وقبل الاجابة عن هذا السؤال نوضح الفرق بين حكم العقد وحقوقه : حكم العقد المراد به هنا الأثر المترتب على العقد الذى يثبت لكل من العاقدين قبل الآخر ، وحقوق العقد كل ما اتصل بتنفيذ أحكام العقد ، والتمكين لكلا العاقدين مما أعطاه له العقد وضمان سلامة المعقود عليه ، وأنه وفق الأوصاف التى وصف بها ؛ ولذا يعد من حقوق العقد فى البيع تسليم المبيع ، وقبض الثمن ، والرد بخيار العيب ، وخيار فوات الوصف المرغوب فيه ، وضمان رد الثمن اذا تبين أن المبيع لم يكن ملكا للبائع وقت البيع وغير ذلك ، أما حكم البيع فهو ثبوت ملكية المشترى للمبيع ، واستحقاق البائع للثمن المذكور فى العقد .

و بعد هذا التقريب الذى يتميز به كل من حكم العقد وحقوقه نبين الى من يرجع حكم العقد وحقوقه فى العقود التى يتولاها الوكيل . اتفق الفقهاء على أن حكم العقد يرجع الى الموكل ، سواء أأضاف الوكيل العقد الى نفسه ، أم أضافه الى موكله ؛ لأن الوكيل ما عقد لنفسه ، بل عقد لغيره ، فهو ما تولاه أصيلا ، بل تولاه نائباً عن غيره ، ومقتضى هذه النيابة التى لابست العقد ولم تفارقه أن تكون أحكام العقد للأصيل لا للوكيل ، والا كان عاقداً لنفسه لا لغيره ، وما يكون وكيلا ، بل يكون أصيلا ، وذلك غير الفرض .

أما حقوق العقد فهى ترجع الى الوكيل اذا أضاف العقد الى نفسه ، وكان العقد مما تصح اضافته الى الوكيل بحيث لا تمنع إضافته [1] الى الوكيل أن تئول أحكامه الى الموكل ، و بيـان ذلك أن العقود قسمان عقود لا تضاف الى الوكيل قط ، بحيث لو أضيفت اليه صار العقد من كل الوجوه اليه ، كعقد النكاح والهبة والقرض والاعارة ، وهذه العقود قسمان : (أحدهما) عقود لا تتراخى أسبابها عن أحكامها ، وهى عقود النكاح والخلع وما يشابهها من العتاق والطلاق ، وهذه لايمكن أن تضاف الى الوكيل ، لأن أسبابها تتصل فورا بآثارها ، فلم تقبل أن يكون

(١) يشبه العقد الذى يضاف الى الوكيل لا الى الموكل نظرية الشخص المستعار فى القوانين الحديثة ، أو نظام الأصيل المستور فى القانون الانجليزى ، وقد جاء فى كتاب نظرية العقد لأستاذنا السنهورى بك ما نصه : « فى هـذا النظام يتعاقد النائب باسمه شخصيا مع الغير ثم يظهر بعد ذلك أنه أراد التعاقد نيابة عن الغير ، وبالرغم من أنه لم يذكر ذلك وقت التعاقد ، ومن أن الغير الذى تعامل معه انما كان يتعامل معه بصفته الشخصية لا بصفته نائبا ، فان الأصيل المكتوم بعد أن يظهر تكون علاقته مع الغير الذى تعاقد معه النائب علاقة مباشرة . ويسرى فى حقه العقد الذى باشره نائبه ، ما دام هذا العقد لم تكن فيه شخصية العاقدين محل اعتبار . وما دام يثبت أنه كان يستوى لدى الغير الذى تعامل أن يتعامل معه أو مع غيره ، وهذا النظام الانجليزى هو فى الواقع مرحلة الى الأمام فى نظام الاسم المستعار الذى تعرفه القوانين اللاتينية والقوانين الجرمانية ، فان هذا النظام الأخير لا يجعل العلاقة مباشرة بين الأصيل والغير بل يتوسط بينهما النائب ، ويرجع كل منهما عليه دون أن يرجع أحد منهما على الآخر أما النظام الانجليزى ، فيسمح بهذا الرجوع » اهـ والشريعة فى أنها جعلت الحكم فى العقود المضافة الى الوكيل يرجع الى الموكل والحقوق ترجع الى الموكل قد أخـذت أعدل ما فى النظريتين بجعل الحكم فيه للأصيل والحقوق ترجع للوكيل .

سببها للوكيل ، وأثرها للموكل ؛ بل يجب أن يكون كلاهما لشخص واحد ليتم الاتصال بين السبب والأثر ، فلم تصح إلا مضافة للموكل ، وليس للوكيل فيها إلا النطق بصيغة العقد ، ولذلك قالوا ان الوكالة فيها سفارة ، وليست وكالة حقيقية ؛ إذ الوكيل فيها ليس إلا سفيراً ومعبرا ، وما ذلك شأن الوكيل المطلق . (ثانيهما) عقود لا تتم إلا بالقبض ، وهى الهبة والصدقة والاعارة ، والقرض ونحوها ، وهذه يكون الوكيل فيها أيضاً سفيرا ؛ لأن الوكيل يجب أن يضيفها الى الموكل ، ولأن القبض جزء متمم للعقد ، وقبضه لا يكون قبض اصالة ، إذ الملك وهو الحكم ثابت للموكل فيجب اذن أن يكون نائباً فى القبض وهو جزء العقد ، فيكون نائباً فيه كله ، فلابد أن يضيف العقد إلى الموكل ، ويكون أيضا سفيرا ومعبرا ، بخلاف البيع وأخواته فى ذلك ، فان الوكيل فيها مستقل بانشاء العقد ، فان أضافه اليه لم يمنع ظهور أحكامه للموكل ، إذ قالوا ان الحكم يثبت فى البيع ونحوه للوكيل ، ثم ينتقل للموكل ، على ما سنبين ، وذلك كله غير متحقق فى العقود التى لا تتم إلا بالقبض .

وبعد بيان هـذه الأقسام نقول ان العقود التى لا تكون مضافة الى الوكيل ترجع الحقوق والأحكام فيها الى الموكل ، لما بينا من أن الوكيل فيها يتولى كل شىء بوصف كونه نائبا ، فهو فى الحقيقة سفير ومعبر . أما العقود التى تضاف الى الوكيل ، وليس من خواصها ما يمنع هذه الاضافة ، فان حكم العقد يكون للموكل ، وحقوقه تكون للوكيل ، ولا تذكر كتب الخلاف الفقهى خلافا فى هذه المسألة . ولكن كتب الحنفية يذكر فيها خلاف الشافعى[1] ، ونقول انه

---

(١) يعقد الأستاذ السنهورى بك مقايسة بين مذهب أبى حنيفة ، ومذهب الشافعى ، فيقول ان مذهب أبى حنيفة يقرب من القانون الرومانى ، ومذهب الشافعى يقرب من القانون الحديث ، ونحن نقر رأيه فى قرب مذهب الشافعى من القوانين الحديثة ، ولكن نخالفه كل المخالفة فى قرب مذهب أبى حنيفة من القانون الرومانى ، وذلك (١) لأن القانون الرومانى حتى آخر أدواره لم يجعل الموكل دائنا قط الا فى قيام الابن أو العبد مقام رب الأسرة ، بينما مذهب أبى حنيفة يجعل الموكل دائنا باعطائه حكم العقد ، وحقوقه فيما لا يضيفه الوكيل الى الموكل ، (٢) ولأن أبا حنيفة أعطى العاقد الآخر حق مطالبة الوكيل ؛ لأنه أمامه ضامن لأحكام العقد ، اذ لا علم عنده بالأصيل فى حالة عدم اضافة العقد اليه (٣) ولأن جعل الحقوق =

يرى أن حقوق العقد كأحكامه ترجع فى هذا النوع من العقود الى الموكل ؛ وتذكر حجته فى ذلك كون الحقوق لا تنفصل عن الأحكام ، فلا تكون آثار العقد وأحكامه لشخص ، بينما حقوقه تكون لآخر ، اذ الحقوق تابعة للحكم ملازمة له ، فاذا ثبت حكم العقد لشخص ، فلا بد أن تتبعه لوازمه وتوابعه ، وهى الحقوق . وأيضا فان حقوق عقود المعاوضات التى تصح اضافتها الى الوكيل تماثل عقود النكاح واخواته التى يعقدها الوكيل غير مضيفها لنفسه فى حكم الوكالة ، اذ الوكيل فى كليهما لا يعقد لنفسه ، بل يعقد لغيره ، وقد جعلنا الحقوق تعود الى الموكل فى هذه ، فكذلك الحقوق فى تلك تعود الى الموكل ، ولا فرق بينهما .

ويستدل الحنفية لرأيهم ، وهو رأى أكثر الفقهاء بأن الوكيل هو العاقد حقيقة ؛ لأن عقده كلامه القائم بذاته حقيقة الصادر عنه ألفاظا وعبارات مقصودة مفيدة لمعنى العقد ، فلا يصح أن ينسب العقد الى الموكل ، لأنه ليس فاعلا له ، والوكيل لم يضفه اليه ، اذ لم يتكلم بعبارة يستفاد منها أنه فى عقده حاك لارادة الموكل ، وملق تبعات العقد عليه ؛ فلا بد اذن أن تكون حقوق العقد وتوابعه التى بها يتم تنفيذ أحكامه ، ويتمكن كل من طرفيه من حقه — راجعة الى الوكيل ، لأن العاقد الآخر لم يعرف سواه . وكان مقتضى هذا أن يثبت الحكم أيضاً للوكيل ، ولكن الشرع جعل الحكم يثبت للموكل ، لأن العقد ، وان لم يكن صادرا عنه ، ولم يضف اليه ، قد صدر بأمره وانابته ، فكان الحكم له لهذا المعنى ، وكأن فى عقد الوكيل الذى يباشره من غير أن يضيفه الى الموكل حقيقتين شرعيتين لابد من اعتبارهما معاً : الحقيقة الأولى أن الوكيل يعتبر هو العاقد ، وأن العاقد الآخر لا يعرف سواه ، فالعهدة والضمان اللذان أوجبهما العقد يكونان موجهين إلى الوكيل ، الحقيقة الثانية أن الوكيل ما عقد إلا تنفيذاً لأمر

= للوكيل أنما هو فى حال واحدة ، وهى ما اذا أضاف العقد الى نفسه ، وذلك كما قلنا يشبه نظرية الشخص المستعار أو الأصيل المستور فى القوانين الحديثة . والحقوق والأحكام ترجع الى الموكل فيما يضيفه الوكيل اليه ، فلا قرب بين مذهب أبى حنيفة والقانون الرومانى الا اذا كان القرب يقاس بالفراسخ والأميال ، لا بالأذرعة والأشبار .

الموكل ، واعمالا لانابته عنه ، فجعل الفقهاء آثار الحقيقة الشرعية الأولى فى أن كانت ضمانات تنفيذ العقد ، وسائر حقوقه على الوكيل [1] . وجعلت الحقيقة الثانية آثار العقد للموكل . وانما جعلت الحكم للموكل ، وأعملت حقيقة النيابة بالنسبة له ؛ لأن الوكيل ، وان عقد هو العقد لا يتصرف بولاية نفسه ، بل بولاية مستفادة من الموكل . فمن وكل شخصاً ببيع عين فولاية بيع العين مستفادة من الموكل ، فالحكم يكون له ؛ إذ بالبيع تخرج العين من ملكيته بهذه الولاية المستفادة منه ، ويحل محله استحقاق الثمن ليتم معنى المعاوضة ، فكان من اعمال حقيقة النيابة الشرعية أن يكون أصل الحكم للموكل . ويردون استدلال الشافعى بقياس ما يضيفه الوكيل إلى نفسه على ما لا يضيفه ، بأن الوكيل فيما يضيفه العاقد الى الموكل قد أرشد العاقد الثانى الى من ترجع تبعات العقد اليه ، فكان كالسفير والمعبر ، وبذلك يخلو من كل ضمانات العقد وتعهداته .

هذا ويقررون أن الوكيل إذا لم يكن من أهل الضمان بأن كان محجوراً عليه ولو أنه مميز لا ترجع الحقوق فى أى عقد اليه ؛ لأن رجوع الحقوق اليه ضمان وكفالة ، وهو لا يملك أن ينشىء الكفالة ؛ لأنها تبرع والتبرعات لاتنعقد منه ؛ لذلك كانت الحقوق فى العقود التى يتولاها بالنيابة عن غيره ترجع الى الموكل ، ولو أضاف العقد الى نفسه .

ولقد قال بعض الفقهاء ان الوكيل إذا كان محجورا عليه غير مأذون بالتجارة

---

(١) جاء فى الوقاية ما يفيد أن حقوق العقد التى تكون فى جانب العاقد تكون لازمة على الوكيل لا يستطيع التخلى عنها . أما الحقوق التى تكون فى جانب الموكل فليست بلازمة على الوكيل ، فقد جاء فى الوكالة بالبيع والشراء « يجب أن يعلم أن الحقوق نوعان : حق للوكيل ، وحق يكون على الوكيل ، فالأول كقبض المبيع والمخاصمة فى العيب والرجوع بثمن مستحق (اذا كان وكيل المشترى) ففى هذا النوع للوكيل ولاية هذه الأمور ، لكن لا تجب عليه ، فان امتنع لا يجبره الموكل على هذه الأفعال ؛ لأنه متبرع فى العمل ، بل يوكل الموكل بهذه الأفعال . وفى النوع الآخر يكون الوكيل مدعى عليه ، فللمدعى أن يجبر الوكيل على تسليم المبيع (ان كان وكيلا بالبيع) وتسليم الثمن (ان كان وكيلا بالشراء) » ومن هنا يتبين أن رجوع الحقوق اليه من جهة الضمان ، فهو ضامن لحقوق العقد بالنسبة للعاقد الآخر الذى لا يعلم بالموكل . وغير ضامن لحقوق العقد بالنسبة للموكل الا بقدر أثر العقد ، وان كانت له ولاية على هذه الحقوق .

وأضاف العقد إلى نفسه ، وكان العاقد الآخر لا يعلم أنه محجور عليه ، وأنه يتولى العقد بالنيابة عن غيره ، فله الخيار اما أن يبقى العقد أو يفسخه ؛ وذلك لأن شرط عقود المعاوضات ، وهى التى يجوز أن يضيفها الوكيل إلى نفسه — الرضا ، وقد اختل الرضا هنا ؛ لأن العاقد ما أقدم على العقد إلا وهو يعلم أن تبعات العقد ترجع على من عقد معه ، فاذا تبين أنها ليست له فمعنى ذلك أن الرضا لم يكن على أساس صحيح بتجهيل ليس من جانبه ، فيكون له الفسخ كالفسخ بخيار العيب . ولكن المروى فى ظاهر الرواية أنه لا خيار للعاقد مع الوكيل المحجور عليه ، لأن الجهل هنا ليس بعذر ، إذ كان يمكنه التحرى والعلم ، وخصوصا إذا كان الوكيل صبيا أو سفيها اشتهر الحجر عليه ، فكان عليه أن يتحرى أعقد المحجور عليه باذن عام فى التجارة فترجع الحقوق اليه . أم بتوكيل من مالك خاص فترجع الحقوق إلى الموكل ، وما دام لم يتحر فالجهل تقصير منه ، فلا يكون حجة على غيره ، حتى يسوغ له فسخ العقد بمقتضاه .

٢١١ — ذكرنا فيما مضى العقود التى تكون الحقوق فيها راجعة إلى الموكل ، وهى العقود التى تضاف اليه . وواضح فيها رجوع الحكم وتوابعه للموكل؛ لأن العقد مضاف اليه بأحكامه وتوابعها . أما اذا كان العقد مضافا الى الوكيل ، فواضح أن الأحكام والتوابع تكون له ؛ لأن الاضافة اليه ، وهى تقتضى أن تكون الأحكام أيضا مضافة الى الوكيل ، إذ الاضافة معناها نسبة العقد بكل آثاره اليه . ولكن الفقهاء يقولون ان الحكم يكون للموكل للمعنى الذى ذكرناه آنفا ويختلفون فى طريقة ثبوت الحكم له مع أن الاضافة لغيره ، وهو الوكيل ، وهو اختلاف نظرى ، ولكنه يعطينا فكرة الفقهاء فى سلطة الوكيل فى العقود التى يضيفها الى نفسه ، فنذكره لهذا ؛ ولأنه يبين رأى الفقه الاسلامى فى نظرية الشخص المستعار ، فى الفقه الحديث ، أو الأصيل المستور كما يسمى فى الفقه الانجليزى .

يختلف الفقهاء فى طريقة انتقال الحكم الى الموكل مع أن ظواهر الأمور

كلها تجعل العقد أحكاما وحقوقا للوكيل إذا أضيف اليه ، على ثلاث طرق : الأولى طريقة أبي طاهر الدباس ، وهى أن الحكم يثبت للموكل بطريق الخلافة عن الوكيل بمعنى أن الأصل أن يثبت كل شيء للوكيل بمقتضى اضافة العقد اليه ، ولكن بمقتضى النيابة التى صار له بمقتضاها سلطان فى العقد ، يخلف الموكل الوكيل فى أحكام العقد ، ويثبت الحكم ابتداء للموكل ، ولتقرب ذلك بمثل نضربه وذلك أن العبد لا يملك ، بل هو وما ملكت يداه لسيده ، فاذا استولى العبد على شيء مباح يكون الملك ابتداء لسيده بطريق خلافته للعبد فى ذلك الملك ، فكذلك اذا اشترى الوكيل ؛ فان ملكية المبيع تثبت ابتداء للموكل بطريق أنه يخلف الوكيل فى هذه الملكية بمقتضى الوكالة ، فالأصل اذن بمقتضى هذه الطريق أن الملك كان يثبت للوكيل ، ولكنه ثبت ابتداء للموكل بطريق الخلافة عن الوكيل ، ونرى أن الفقهاء بمقتضى هذا التحليل لا يجعلون الحكم يثبت أولا للوكيل ثم ينتقل الى الموكل ، بل يثبت من أول الأمر للموكل ، كما ثبتت الملكية بمجرد استيلاء العبد على المباح لسيده بطريق الخلافة عنه . وأكثر فقهاء الحنفية يأخذون بهذا القول . وقال عنه صاحب الهداية انه الصحيح ، وبمثل هذا جاء فى المغنى وذكر أنه مذهب أحمد والشافعى [١] .

الطريقة الثانية طريقة أبي الحسن الكرخى ، وهو يرى أن الملك يثبت أولا للوكيل ثم ينتقل ثانية الى الموكل بمقتضى اعمال النيابة ؛ لأن العقد صدر عن الوكيل ، ولم يثبت نسبته الى الموكل فكان منسوبا بكل أحكامه وتوابعها للوكيل أولا . ثم بعد صدوره يلاحظ أمر خارجى وهو النيابة عن الموكل ، وبمقتضاها يثبت الحكم للموكل ، ويتقرر له . وقد قال الفقهاء مع ترجيحهم لطريقة أبي طاهر الدباس ان كلام الكرخى هو الأصل ، وهو مقتضى اسناد العقد الى الوكيل .

الطريقة الثالثة طريقة القاضى أبي زيد ، وقد نقلها عنه الصدر الشهيد فقد قال إن القاضى أبا زيد خالفهما ، وقال : الوكيل نائب فى حق الحكم ، أصيل فى

---

(١) راجع المغنى الجزء السادس ص ٢٦٣ .

حق الحقوق ؛ فان الحقوق تثبت له ، ثم تنتقل الى الموكل من قبله ، فوافق أبا الحسن فى الحقوق ، ووافق أبا طاهر فى الحكم[1] ، والحق أن أبا زيد قد خالف فى هـذا ما قرره الاثنان من أن الوكيل ينشىء العقـد بعبارته ، وأنه منسوب اليه حكما وحقا ، ولـكن ثبت الحـكم ابتداء بخلافة الموكل عند الدباس ، و بغير الخلافة ، بل بالانتقال بعد الثبوت للوكيل عند الـكرخى فجاء القاضى أبو زيد وقرر أن الحـكم ينسب من أول الأمر للوكيل بطريق النيابة لا بطريق الاصالة ، واذا كان هو فيه نائباً ، فهو للموكل من أول الأمر بطريق الاصـالة ، لا بطريق الخلافة ، ولا بطريق الانتقال ،أما الحقوق ، فقد وافقهما فى أنها تثبت للوكيل بما تضمنت الاضافة اليه من كفالة وعهدة .

§ ٢١٢ — هذه خلاصة أقوال الفقهاء النظرية فى ثبوت الحـكم للموكل دون الحقوق فى العقود التى يضيفها الى نفسه ، والآن نريد أن نختم تولى العقود بمقتضى الوكالة بالتنبيه الى أمرين :

أحدهما — أن الوكيل فى العقود التى يتولاها بمقتضى الوكالة مقيد بما قيده به الموكل لا يسوغ له أن يخالف ارادته ، ولا أن يعقد على شىء غير ما وصفه له ؛ لأنه يستمد الولاية فى العقود التى يعقدها بالوكالة منه ، فان خالف ، فلا ولاية له على ما عقد بمقتضى هذه الوكالة ، وعلى ذلك اذا خالف الوكيل ، وعقد عقدا غير مقيد نفسه بما قيده به الموكل ، فان أمكن جعل العقد له حكما وحقوقاً فهو له ، كأن كان وكيلا بشراء شىء غير معين ولـكن مقيـد بوصف فاشترى غير هذا الموصوف ، وأضاف العقد الى نفسه ، فالشراء له ، لأن الحـكم لا يتجه الى الموكل فى هذه الحال اذ لا ولاية بمقتضى الوكالة ، فيكون الحـكم له كالحقوق من أول الأمر .

وان لم يمكن جعل العقد له كأن يكون وكيلا ببيع ، فى هذه الحـال يكون

---

(١) راجع تكملة فتح القدير الجزء السادس ص ١٩ .

العقد موقوفا على اجازة الموكل الذى خولفت ارادته ، فان أجازه نفذ ، وان لم يجزه بطل .

الأمر الثـانى — أن الوكيل لأجـل أن تكون عقوده صحيحة يجب أن تستمر أهلية الموكل للأداء قائمة ، حتى ينتهى العقد ، لأن أهلية الموكل ليست شرطا لانشاء الوكالة فقط ، بل هى شرط لبقائها أيضا ؛ إذ الوكيل إذا خرج عن الأهلية سقطت ولايته على العقود ، فتبطل كل ولاية تستمد منها ، وولاية الوكيل مستمدة من ولاية الموكل ، فيجب أن تبقى أهلية هذا لتبقى ولاية ذاك ، وعلى ذلك إذا جن الموكل أو حجر عليه وشمل الحجر التصرف الذى وكل فيه بطلت الوكالة ، وكذلك إذا مات لأن الموت عجز كلى ، فلا أهلية أداء معه قط .

الفضولى

§ ٢١٣ — الفضولى [(١)] هو من يتصرف تصرفا شرعيا ليست له ولاية عليه كمن يبيع مالا يملك من غير ولاية أو وكالة ، وكمن يشترى لغيره شيئا لم يوكله فى شرائه ، وليست له عليه ولاية الشراء وكمن يؤجر ملك غيره وهكذا من العقود وسائر التصرفات التى يتصرفها الشخص فى شىء من غير ولاية أو وكالة فيها ، فيعتبر فضوليا فى تصرفه .

---

(١) هذا هو الفضولى شرعا ، وفى اللغة قيل هو اسم لكل شخص يتصرف فى حق الغير بلا اذن شرعى منه كالأجنبى يزوج أو يبيع ، ولم يرد فى النسبة الى الواحد ، وان كان هو القياس ؛ لأنه صـار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالأنصارى والاعرابى هكذا فى النهاية لابن الأثير . وجاء فى فتح القدير : غلب فى الاشتغال بما لا يعنيه ، وما لا ولاية له فيه ، وهو كما ترى نسبة الى الفضول على القياس ؛ لأن الفضول ، والفضل الزيادة . وقد غلبت كلمة الفضول فى التعبير عن الزيادة التى لا خير فيها وقد جاء فى المغرب : علمت جمعـه على ما لا خير فيه ، حتى قيل :

فضول بلا فضل ، وسن بلا سـنا وطول بلا طول ، وعرض بلا عرض

وعلى ذلك تكون نسبة الفضولى الى الجمع ؛ لأن زيادة الفضولى الذى يتعرض لما لا يعنيه زيادة لا خير فيها ، ولعل ذلك من أسباب مخالفة القياس بالنسبة الى الجمع .

والعقد الذى يتولاه الفضولى يكون موقوفا على اجازة صاحب الشأن إذا كان له مجيز ، كأن يبيع الفضولى عقاراً لشخص رشيد أو لقاصر له أب يرعى شئونه أو يعقد الفضولى نكاح امرأة على رجل قبل أن يرجع اليها ويستأذنها فتنبيه ، ففى كل هذا وأشباهه يكون عقد الفضولى موقوفا على اجازة ذى الشأن فان لم يكن للعقد مجيز لم ينعقد أصلا كالخلع عن صغير مميز ، فان الخلع لا يملكه الصغير ولا يملكه الولى أو الوصى أيضا ، فلا ينعقد العقد ؛ لأنه لا فائدة من انعقاده مع توقف نفاذ حكمه ، انما التوقف يفيد اذا كان هناك من يملك اجازة العقد ، واعطاء الفضولى صفة الوكالة ، واخراجه عن حد الفضول .

واعتبار عقد الفضولى منعقداً موقوفاً بالنسبة لأحكامه على اجازة من له حق الاجازة ان وجد — هذا قول أبى حنيفة ومالك واحمد فى رواية عنه ، وخالف الشافعى وقال ان تصرفات الفضولى لا تنعقد ، بل تصدر باطلة[١] ، وتولد عبارات عقده ميتة ، وثمرة هذا الخلاف تظهر فى حال الاجازة ، فانه اذا أجاز من له حق الاجازة اجازة معتبرة يعتبر العقد قد وجد بالعبارة التى عقد بها الفضولى ، وتكون الاجازة اللاحقة كالاذن السابق ، ولا حاجة لانشاء العقد بصيغة جديدة ، وهذا عند من يقول ان العقد منعقد موقوف . أما الشافعى الذى يقول انه لم ينعقد أصلا ، فالاجازة عنده لا تلحقه ؛ لأن العبارة ولدت ميتة ، والاجازة لا تحييها .

§ ٢١٤ — ووجهة نظر الشافعى فى قوله ان عقد الفضولى باطل غير منعقد أصلا: (١) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لحكيم بن حزام : « لا تبع ما ليس عندك[٢] » فهذا يدل بمقتضى ما فيه من نهى على أن بيع الانسان

---

(١) جاء فى المجموع فى تصرف الفضولى ما نصه : « ان مذهبنا المشهور بطلانه ، ولا يقف على الاجازة ، وكذلك الوقف والنكاح وسائر العقود ، وبهذا قال ابو ثور وابن المنذر فى أصح الروايتين عنه وقال مالك يقف البيع والشراء والنكاح على الاجازة ، فان أجازه من عقد له صح ، والا بطل .

(٢) وقصة هذا الحديث ماقاله حكيم بن حزام فقد قال : «سألت رسول الله صلى الله =

ما لا يملك لا ينعقد لأنه لا ينعقد صحيحا تصرف صدر فيه نهى من الشارع الحكيم ؛ اذ النهى يقتضى الفساد ، والفاسد لم ينعقد على مذهب الشافعى كما سنبين .

(٢) وأن أساس الانعقاد الولاية الشرعية على العقد ، فالولاية كالأهلية شرط لصلاحية العبارة لعقد العقود ، ولا ولاية الا بأن يكون العاقد ذا شأن فى العقد ، أو تكون له نيابة عن صاحب الشأن بولاية أو وكالة ؛ وذلك لأن شرط انعقاد العقد أن يكون العاقد قادرا على تمكين العاقد الآخر من كل أحكام العقد بالنسبة له . فاذا لم تكن عنده هذه القدرة الشرعية لم ينعقد عقده ، ويصير كبيع غير مقدور التسليم ، وكبيع الطير فى الهواء ، والسمك فى الماء ، والوحش فى الفلاة ، ولا شك أن الفضولى الذى يتصرف من غير ولاية له ليست عنده القدرة الشرعية التى يستطيع بها تنفيذ أحكام العقد ، فلا ينعقد اذن كما لم ينعقد العقد فى الأمثلة التى سقناها .

هذه وجهة نظر الشافعى فى قوله ، ووجهة نظر الحنفية والمالكية ، والحنابلة فى بعض الروايات ما يأتى :

١ — ماروى من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى عروة البارقى دينارا ليشترى به شاة تكون أضحية فاشترى شاتين بدينار ، وباع احداهما بدينار ، فجاء الى النبى صلى الله عليه وسلم بشاة ودينار ، فأقره عليه السلام ودعا له بالبركة فى بيعه ، فكان لو اشترى ترابا ربح فيه ، ولاشك أنه فى بيعه احدى الشاتين كان فضوليا ؛ فلو كان هذا البيع لم ينعقد ما أقره النبى عليه السلام ، وما استحل لنفسه الدينار ، بل لأمره باعادته لصاحبه ، ورد الشاة ؛ لكنه أقره

= عليه وسلم فقلت يأتينى الرجل يسألنى من البيع ما ليس عندى ، أأبتاع له من السوق ، ثم أبيعه منه ، قال لا تبع ما ليس عندك » . ولقد ساق المجموع أحاديث أخرى تأييدا لرأى الشافعى منها أنه صلى الله عليه وسلم قال : « لا طلاق الا فيما تملك ، ولا عتق الا فيما تملك ، ولا بيع الا فيما تملك ، ولا وفاء نذر الا فيما تملك » .

وأجازه فدل هذا على أن عبارة هذا الفضولى ما كانت من لغو القول ، وما كان عقده باطلا ، وإذن فعبارة الفضولى تنعقد بها التصرفات والعقود ، وذلك هو المطلوب ، وهو النتيجة المقررة عند الحنفية ، ومن ذهبوا مذهبهم .

ب — أن تصرف الفضولى تصرف صدر عن أهله فى محله ، فيجب القول بانعقاده ، و بيان ذلك أن الحنفية ومن ذهبوا مذهبهم يرون أن انعقاد العقد يكفى فيه أن يكون محله قابلا لحكمه شرعا ، وأن يكون العاقدان ذوى أهلية للعقد بأن تكون عبارتهما مما ينعقد بها هذا العقد ، ولو لم تكن لأحدهما ولاية على العقد بأن لم يكن له قدرة شرعية عليه ؛ وذلك لأن صحة الانعقاد قوامها صحة التعبير ، والعاقل ولو فضوليا يجب حمل عبارته على معناها ، اعتبارا للأصلح الذى لاضرر منه على غيره ، وحملا لحال العاقل على الاصلاح ، وفعل الخير ، وفى الحكم بانعقاد عقد الفضولى مصلحة له بعدم إلغاء عبارته ، من غير ضرر يلحق غيره ؛ اذ العقد سيتوقف على اجازته ، وفيه فوق ذلك ترجيح لاحتمال المصلحة على عدم احتمالها ، وان الظاهر من حاله أنه قصد بهذا الفعل منفعة من عقد عنه ، وأنه يغلب أن تكون هناك صلة تربطهما جعلته يتبرع له بعقد عقد يراه فى مصلحته ؛ ليوفر له مؤنة البحث والطلب ، ويوصله الى البدل المطلوب من غير كلفة عليه ، فان رأى صاحب الشأن أن الحال كذلك أجاز ، وان لم يجده كما ظن الفضولى أو أساء الظن به لم يجز من غير ضرر يلحقه ؛ وفى الحق ان الحنفية ومن وافقهم اعتبروا الحكم بانعقاد عقد الفضولى من باب التعاون (١) الذى أمر الله به فى قوله

(١) مما يدل على أن قول الحنفية بانعقاد عقد الفضولى يقوم على أساس التعاون بين الناس ما جاء فى البدائع والزيلعى فى كتاب البيع ، وما جاء فى فتح القدير فى البيع أيضا ولننقل ما جاء فى هذا الأخير مع طوله متصرفين بعض التصرف ، فقد قال رحمه الله فى رد حجة الشافعى بأنه لا قدرة شرعية للفضولى : « قولك لا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ان أردت لا انعقاد على وجه النفاذ سلمناه ولا يضر ، وان أردت لا انعقاد على وجه التوقف الى أن يرى المالك مصلحته فى الاجازة فيجيز فعله أو عدمه فيبطله — فذلك ممنوع ، ولا دليل عليه ، بل الدليل =

تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » ففرضوا أن الفضولى ما عقد الا لمصلحة أخيه ، وسارع من غير اذنه الصريح خشية أن تفوته ، فاعتبروا عقده منعقدا ؛ اذ لا ضرر فى ذلك ، وهناك ضرر محقق فى عدم اعتباره منعقدا ؛ لأنه اعتبار كلام العاقل لغوا كـكلام المجنون ، وذلك ضرر معنوى يلحقه من غير مصلحة لغيره ، وهناك أيضا احتمال ضرر بصاحب الشأن ؛ لأنه عسى أن يكون فيه منفعة ويخشى الفوت ، فان اعتبرنا العقد غير منعقد احتاج ذو الشأن ان رأى المصلحة فيه الى انشاء عقد من جديد ، وقد يجوز ألا يستطيع ذلك لذهاب العاقد أو لعقده مع غيره ، وذلك بلا ريب ضرر محتمل من غير احتمال نفع ؛ فـكان اذن من المصلحة التى لا ضرر فيها اعتبار عقد الفضولى منعقدا ، وتوقفه على اجازة صاحب الشأن .

§ ٢١٥ — هـذه أدلة الفريقين ، وبعد هـذا نختم القول ببيان اجازة صاحب الشأن تصرف الفضولى . لقد قال الفقهاء الذين قرروا ان تصرفه منعقد ، إن اجازة تصرفه تجعله كالوكيل ، فيعتبر التصرف كأنه صـدر عن وكيل وقت صدوره ويصير للفضولى كل أحكام الوكيل ، فتتعلق به الحقوق إن كان العقد مما تتعلق حقوقه بالوكيل ، وتتعلق الحقوق بالموكل إذا كان العقد لا تتعلق فيه الحقوق بالموكل ، كالهبة والنكاح . ولأن الاجازة تجعل الفضولى وكيلا ، له كل

= دل على ثبوت الانعقاد ، لتحقق المصلحة لـكل من العاقد الفضولى والمـالك والمشترى من الفضولى من غير ضرر ولا مانع شرعى . . أما تحقق ما ذكرنا فان المـالك يكفى مئونة طلب المشترى ووفور الثمن ونفاق سلعته وراحته منهـا ووصوله الى البدل المحبوب . ويكفى المشترى وصوله الى حاجة نفسه بالاستيلاء على المبيع ، والفضولى بصون كلامه عن الالغاء والاهدار ، بل يحصل له الثواب اذا نوى الخير لله تعالى واعانة أخيه والرفق به . ولمـا كان هذا التصرف خيرا لـكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الاذن فى هذا العقد ثابتا دلالة ، اذ كل عاقل يأذن فى التصرف النافع له بلا ضرر يشينه أصلا . . . لا يقال فاذا ثبت الاذن دلالة ينبغى أن ينفذ العقد ؛ لأننا نقول الثابت دلالة ما لا ضرر فيه ، وذلك هو الانعقاد موقوفا على رأى المالك ؛ فيثبت بهذا القدر ، فأما نفاذه بلا رأيه ففيه اضرار به ، اذ ربما لا يريد بيعه فيثبت الضرر اهـ بتصرف من فتح القدير الجزء الخامس ص ٣١٠ .

ولاية الوكيل فى العقد الذى تولاه — قال الفقهاء إن الاجازة اللاحقة تكون كالاذن السابق . ولكن لأن الاجازة من شأنها أن تقلب التصرف من تصرف موقوف الى تصرف نافذ ، وتنقل الفضولى من وصف الفضول إلى وصف الوكيل، قالوا أيضا ان للاجازة حكم انشاء العقد .

ولذلك اشترطوا لصحة الاجازة أن يكون الفضولى حياً ذا أهلية ولو ناقصة[1] ، لأن الاجازة تنقله الى صفة الوكيل ولا يصلح للوكالة إلا من كان حياً غير فاقد الأهلية ، واشترطوا وجود العاقد الآخر ؛ لأن أحكام العقد تنفذ بالنسبة له بعد أن كانت موقوفة ، فاحتاجت الاجازة الى وجوده ليكون ثمة من ينفذ فى شأنه الحكم الذى لم ينفذ قبلها ، واشترطوا أيضا وجود المعقود عليه ، ليكون قابلا لحكمه الذى ينفذ بعد أن لم يكن .

ويلاحظ أن العقد قبل الاجازة غير لازم ؛ فللفضولى أن يفسخه ، وللعاقد الآخر أيضا أن يفسخه ، أما العاقد الثانى فلأن العقد بالنسبة له كأنه لم يتم ، إذ قد صدر عنه أحد شطرى الالتزام ، أما الشطر الثانى فلم يتقرر ولم يثبت ، فيجوز أن يستمر ، ويعطى قوة الركن بالاجازة ، ويجوز ألا يعطى قوة الركن بالرفض ، وكذلك للفضولى أن يفسخ العقد اذا كانت حقوقه ترجع اليه بالاجازة كعقد البيع والاجارة ، وكان ذلك له منعا لحقوق العقد التى تلزمه به بالاجازة ، اذ ستنتقل صفته الى صفة وكيل ترجع حقوق العقد اليه . أما اذا كان ما عقده الفضولى من العقود التى لا ترجع فيها الحقوق اليه على فرض أنه وكيل ، لأن الوكيل فيها سفير ومعبر كعقد النكاح فليس للفضولى قبل الاجازة أن يفسخ العقد ؛ وذلك لأنه معبر محض أى كناقل عبارة فبالاجازة تنتقل العبارة الى المالك ، فتصير الحقوق منوطة به ، لا بالفضولى ، فلا يلحقه بالاجازة ضرر تعلق الحقوق به .

٢١٦ — وحكم عقد الفضولى فى القوانين الحديثة يتقارب من حكم عقده

---

(١) يجب أن يلاحظ أنهم لا يشترطون وجود الفضولى حيا عند اجازة النكاح الذى عقده ، لأن الاجازة لا ترفعه الى مرتبة الوكيل الذى ترجع الحقوق اليه ، بل ترفعه الى مرتبة السفير والمعبر ؛ والتعبير قد تم عند صدور عبارة الفضولى .

فى الشريعة الاسلامية على مقتضى مذهب أبى حنيفة ومن أخذ به ، فهو موقوف على اجازة صاحب الشأن ، فان أجاز نفذ ، وان لم يجز بطل ، ويسمون هـذا النوع من العقود الذى يصح بالاجازة العقود الباطلة بطلانا نسبيا ، ولقد ذكرت المـادة ٢٦٤ حكم بيع الفضولى ، وهذا نصها :

« بيع الشىء المعين الذى لا يملكه البائع باطل ، انما يصح اذا أجازه المالك الحقيقى » فالقانون يعتبر بيع الشخص مالا يملك باطلا ، ولـكن ليس معنى ذلك صدور العبارة ميتة غير قابلة للحياة ، بل معناه أنه يتوقف فى وجوده وجوداً له أثر قانونى على اجازة صاحب الشأن ، وذلك موافق للشريعة الى حد كبير .

وان فقهاء القـانون ينظر الى تصرفات الفضولى بعطف ، ويفرضون فيه حسن النية ولذا يكون فى مرتبة تقـارب مرتبة الوكيل فى التصرفات النافعة ، ويعللون ذلك بما علل به الفقهاء وهو التعاون بين الناس ، وفرض أنه صديق ولى أراد نفع صاحبه ، لا فرض أنه عدو أراد ايذاءه[1] .

تولى العاقد الواحد صيغة العقد عن الجانبين

§ ٢١٧ — ذكرنا فيما مضى أن الشخص قد يتولى انشاء التصرفات التى تنشأ عنها التزامات بارادة منفردة ، أما العقود التى لا تتم إلا بتوافق إرادتين مظهرها الايجاب والقبول ، فان الأصل فيها أن يتعدد العاقد ، ليتحقق وجود الارادتين ، والربط بين الكلامين ، ولأن الأصـل أن الشخص الواحد ليس له

---

(١) جاء فى كتاب الارادة فى العمل القانونى فى تصرف الفضولى ما معناه : « ان من المقرر اجتماعيا أن يتعاون الناس على العمل للمصلحة العـامة أو المصلحة الخـاصة ، وان المصلحة الخاصة ان اتسع شمولها تحولت الى مصلحة عامة ، وعلى ضوء هذا ينظر الى تصرف الفضولى ، ويكون أسـاس التقدير فيه : اذا لم يكن الفضولى أكان من الممكن أن يفعل رب المـال فى ماله ما فعله الفضولى أم لا ، هبنى أملك منزلا ، وكنت على سفر طويل ، فجاء أحـد الناس ليستأجره أو ليبتاعه أيكون من المصلحة أن يتولى الصديق اجارته أو بيعه بطريق الفضول ، أم يترك الفرصـة وقد سنحت ، وهبنى كنت مقيما اذ حضر الطالب أكنت أجيب أم أرفض ؟ ان الفضولى يجب أن ينظر الى تصرفاته على هـذا الأساس » راجع ص ٣٠٩ وأنت ترى أن هذه نظرة الشريعة على مقتضى المذاهب الثلاثة ، ولذلك جعلت تصرفه موقوفا .

قدرة شرعية إلا فى شطر العقد الذى يتكون بشطرين ، وفى اعتبار العقد منعقداً بعبارته تحميل لها قوة الشطرين ، واعطاء الجزء حكم الكل . بيد أن النيابة قد ساغت فى العقود ، فجاز أن يتولى شخص العقد بالنيابة عن غيره ، سواء أكانت تلك النيابة منشؤها الولاية الشرعية على فاقدى وقاصرى الأهلية ، أم كان منشؤها وكالة اتفاقيــة . ويجوز فى هذه الحال أن يكون الشخص وكيلا عن عاقدين يريدان أن ينشئا عقدا بينهما ، أو وليا على شخصين ، ويرى من المصلحة أن يعقد بينهما عقد زواج أو بيع أو نحوهما ، أو وكيلا من جانب ووليا من جانب ، ففى هذه الحالة تـكون عبارته طاوية فى ثناياها معنى عبارتين بلا ريب ، فهل الشارع الاسلامى يقر عقدا ينشأ بهذه الصفة ويعطيه أحكامه وآثاره التى تثبت لنوعه ؟

§ ٢١٨ — لقد أجاز فقهاء الحنفية أن يتولى شخص واحد طرفى العقد فى النكاح ؛ فيجوز أن يكون العاقد واحداً ينشأ بعبارته منفردة عقد النكاح ، وتنعقد به عقدته ، فتثبت آثارها كلها به ، وذلك يكون اذا كانت له ولاية العقد من الجانبين ، بأن كان أصيلا من جانب ووكيلا أو وليا من جانب آخر أو وكيلا عن الجانبين ، أو ولياً على الجانبين كجد يزوج إحدى حفيداته من أحد أحفاده اذا لم يكونا أخوين وكانا يتيمين أو وكيلا من جانب ووليًا من جانب . ففى كل هذه الصور أجازوا للشخص الواحد أن يعقد العقد بعبارته وتكون قائمة مقام عبارتين ، ولـكن خالف فى ذلك زفر والشافعى رضى الله عنهما ، وحجتهما فى ذلك أن عقد النكاح يفيد نوعا من التمليك ، ولا يتصور أن عاقداً واحدا يكون مملكا ، وقابلا للتمليك معا ، إذ التمليك نسبة تقتضى طرفين ، بل كل عقد لا يتم إلا بارادتين يقتضى طرفين قابلا وموجبا ، ولا يعقل أن يقوم شخص بالصفتين ، لأن كل واحدة تقابل الأخرى ، ولا تجتمع معها ، هذا ومن جهة أخرى فالنكاح يشبه البيع ، وكما أن البيع لا يتولاه العاقد الواحد عن الطرفين كذلك النكاح [1] .

---

(١) القياس صحيح فى نظر الشافعى ؛ لأنه رضى الله عنه يرى أن حقوق العقد فى البيع والشراء ونحوهما لا ترجع الى الوكيل ، بل ترجع الى الموكل . واذا كان لا فرق بينهما فى =

واستدل الحنفية بما يأتى :

١ — قوله تعالى : « ويستفتونك فى يتامى النساء اللاتى لا تؤتونهن ما كتب لهن ، وترغبون أن تنكحوهن » فقد نزلت هذه الآية فى يتيمة فى حجر وليها ، وهى ذات مال ، ووجه الاستدلال بها أن قوله تعالى : « لا تؤتوهن ما كتب لهن ، وترغبون أن تنكحوهن » خرج مخرج العتاب على عدم اعطائهن ما كتب الله لهن عند الرغبة فى نكاحهن ، وذلك العتاب لا يكون له محل إلا اذا أمكن تحقيق رغبة ولى اليتيمة فى نكاحها مع عدم اعطائها ما كتب لها بسبب ذلك النكاح ؛ وانما يكون ذلك اذا كان للأولياء أن يزوجوهن من أنفسهم ؛ لأن النكاح لا ينعقد نافذا من اليتيمة ، بل نكاحها الى وليها ، فاذا كان لنفسه تولى من الجانبين ، فالعتب لا موضع له إلا اذا أجيز أن ينكحها الولى من نفسه بعبارته ، وتقوم مقام الاثنين ، وهذا دليل على أن صاحب هذه الشريعة يجيز أن يعقد العاقد الواحد النكاح نائباً عن الطرفين .

٢ — ما رواه البخارى من أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم : أتجعلين أمرك إلىّ ؟ قالت نعم . قال تزوجتك ، فعقد بلفظ واحد . وعن عقبة ابن عامر أنه قال عليه الصلاة والسلام لرجل : أترضى أن أزوجك فلانة . قال نعم . وقال للمرأة أترضين أن أزوجك فلانا قالت نعم ، فزوج أحدهما من صاحبه ، وكان ممن شهد الحديبية روى هذا الحديث ابو داود[1] .

٣ — أن النائب فى باب النكاح ليس بعاقد عقده بوصف كونه نائبا على أن ترجع الحقوق اليه ، بل الحقوق والأحكام تضاف الى من يعقد عنه ، سواء أكانت تلك النيابة بولاية شرعية أم بوكالة اتفاقية ، بل هو كما يقول الفقهاء ، سفير عن العاقد ، ومعبر عنه ، واذا كان معبراً عنه صارت عبارته كعبارة من يتكلم عنه ، فصار كلام العاقد الواحد الذى يتولى عن الجانبين

= ارجاع الحقوق ، فقد سوى بينهما فى هذا أيضا ، وان كنا نرى أن التسوية كانت تقتضى أن البيع يكون كالنكاح فى أن كليهما يصح أن يعقده طرف واحد .

(١) راجع الزيلعى الجزء الثانى ص ١٣٢ .

ككلام شخصين وعبارته الواحدة تطوى فى معناها عبارتين ، إذن تطوى فى مضمونها إيجاباً عن أحدهما ، وقبولا عن الثانى ، فكأن المرأة قالت على لسانه زوجت نفسى ، والرجل قال على لسانه أيضاً قبلت زواجها .

وهذا المعنى لا يتأتى فى البيع وأشباهه من العقود التى ترجع فيها الحقوق الى الوكيل ، ويصح أن تضاف صيغة العقد اليه ، ولذا لا يتولاها العاقد الواحد عن الجانبين[1] .

٢١٩ — ما سبق كله إذا كان العاقد الذى تولى عن الجانبين له ولاية العقد من الجانبين بألا يكون فضولياً عن أحدهما ، ولا ينعقد العقد بعاقد واحد يكون ذا ولاية عن أحدهما وفضولياً بالنسبة للآخر ، فاذا كان وكيلا أو أصيلا أو ولياً بالنسبة لأحد العاقدين ، وفضولياً بالنسبة للآخر ، لا ينعقد عقده عنهما ، وبالأولى اذا كان فضولياً من الجانبين ، وهذا هو مذهب أبى حنيفة ومحمد ، وأما مذهب أبى يوسف ، فهو جواز عقده عن الطرفين ، ويكون موقوفا على اجازة صاحب الشأن الذى كان العاقد فضولياً بالنسبة له أو على الطرفين اذا كان فضولياً بالنسبة لهما . وحجة أبى يوسف فى ذلك أن عبارة العاقد ولو كان فضولياً بالنسبة للطرفين أو لأحدهما ، قائمة مقام عبارتين ، وهى تعبر عن شخصين ، فيجب أن ينعقد العقد موقوفاً ؛ وذلك لأن أثر الفضول بالنسبة لأحد العاقدين فى نفاذ العقد ؛ لا فى انعقاده ، فينعقد العقد بعبارة العاقد الواحد قائمة مقام الكلامين ، ويتوقف النفاذ على اجازة العاقد الذى لم يأذن . هذا والنكاح يشبه الخلع ، فيجوز فيه ما يجوز فى هذا ؟ ويجوز أن يقول الزوج بغير اذن زوجه خالعت امرأتى على كذا ، وهى غائبة ، فاذا بلغها وأجازت نفذ الخلع عليها ، مع أنه كان فضولياً بالنسبة لها ، فدل ذلك على انعقاد الخلع بتولى واحد العقد ، ولو كان فضولياً بالنسبة لأحد

(١) راجع فى هذا الدليل البدائع الجزء الثانى ص٢٣٢ . والزيلعى الجزء الثانى ص١٣٢ . والهداية وفتح القدير الجزء الثانى ص ٤٢٦ . ومقتضى هذا التعليل أن كل عقد تكون حقوقه راجعة الى الموكل ولا ترجع الى الوكيل ، يصح أن يعقده عاقد واحد عن الجانبين ، وهذا يشمل النكاح وكل العقود التى لا تتم الا بالقبض ، كالهبة والرهن وغيرهما .

الطرفين ، فالنكاح مثله ، فيثبت له ما ثبت لهذا ، وينعقد بعبارة واحدة ، ولو كان صاحبها فضولياً .

هذه حجة أبي يوسف ، وحجة الطرفين (أبي حنيفة ومحمد) أن الأصل فى العقد ألا ينعقد إلا بعبارتين من شخصين ، ما دام لا ينعقد إلا بتوافق إرادتين ، ولكن تقوم عبارة الشخص الواحد مقام العبارتين اذا كان هناك ما يدل على أنها قائمة مقام عبارتين ، وذلك باقامة الطرف الغائب هذا الشخص مقامه أو بولاية شرعية تجعل لعبارته تلك الدلالة ، فما لم يوجد ما يدل على ذلك فالعبارة الصادرة ليست إلا شطرا للعقد ، أى ليست إلا إيجابا فقط ، والايجاب لاينعقد به عقد يتولاه طرفان ، بل يبطل بمجرد تفرق المجلس ، فلا يكون العقد موقوفا على اجازة أحد ، وعلى ذلك اذا كان العاقد الواحد فضوليا بالنسبة لأحد الطرفين لا ينعقد عقده أصلا لا موقوفا ولا نافذا ، لأن عبارته أحد شطرى العقد أى الايجاب ، إذ لا يصح أن تقوم مقام عبارتين لعدم اذن العاقد الثانى له ، حتى تقوم عبارته مقام عبارتين ، ولا يقاس النكاح على الخلع إذا تولاه الرجل فى غيبتها من غير اذنها ؛ لأن الخلع بالنسبة للرجل يمين ، فكأنه اذا خالع فى غيبتها بغير اذنها قد علق طلاقها على قبولها بدل الخلع ، فى أى وقت تقبل يقع الطلاق لحصول الشيء المعلق عليه ، والطلاق يقبل التعليق باجماع الفقهاء أصحاب المذاهب الأربعة .

§ ٢٢٠ — ما تقدم كله فى تولى العاقد الواحد عقد النكاح بالنيابة عن الطرفين ، وننتقل الآن الى عقود المبادلة كالبيع والشراء والاجارة والمزارعة والمساقاة وغير ذلك من الحقوق التى ترجع فيها الحقوق الى الموكل عندما يتولاها العاقد بمقتضى الوكالة ، وهذه العقود الأصل فيها أنه لا بد من تعدد العاقد ، فلا يصح لشخص أن يعقد عقد بيع بين شخصين ، وتقوم عبارته مقام عبارتهما . ووجهه أن العاقد فى البيع وما يشبهه ترجع الحقوق اليه ، سواء أكان يعقد بالاصالة أم بالنيابة فعليه تسليم المبيع وله قبض الثمن وغير ذلك من الحقوق ، وهذه حقوق متقابلة لحق تسليم المبيع يقتضى متسلما ، وحق قبض الثمن يقتضى مسلما ، والشخص لا يتعلق به حقان

متقابلان فى زمان واحد . لأن ذلك يؤدى الى أن يكون الشخص الواحد فى زمان واحد مسلما ومتسلما ، طالباً ومطالباً ، وهذا محال ، ولذلك لم يجز أن يكون الشخص الواحد وكيلا من الجانبين فى البيع وأشباهه ، ويصلح رسولا من الجانبين ؛ لأن الرسول لا تلزمه الحقوق ، فلا يؤدى عمله الى مناقضة للمعقول ، وكذلك القاضى يتولى العقد من الجانبين ، لأن الحقوق لا ترجع اليه .

وقد استثنوا من البيع صورة يصح فيها العقد من الجانبين ، وهى شراء الأب مال ولده لنفسه ، وبيع ماله من ولده ، فانه فى هذه الصورة يجوز للأب التصرف ، ويتولى الصيغة عن نفسه وولده القاصر . وبهذا قال احمد بن حنبل والشافعى ، ومالك والأوزاعى ، وجعلوا الجد كالأب ما عدا ابن حنبل ، وخالف زفر ، وقال لا يجوز ، وهو الأصل ، والقياس على ما بينا ، وأما ما قاله الأئمة فهو الاستحسان ، ووجهه أن الأب والجد لوفور شفقتهما ، وكمال رعايتهما لموليهما تجوز تصرفاتهما عليه ، وربما كان فى البيع له أو الشراء منه مصلحة وايثار له ، وهذا الفرض هو الذى يتفق مع كمال الرعاية ووفور الشفقه ، فجاز تصرفهما معه ؛ للضرورة الداعية ، وعدم موضع التهمة [1] .

هذا بالنسبة للأب والجد ، أما بالنسبة للوصى ، فقد قال ابو حنيفة وأبو يوسف أيضا بجواز بيعه للموصى عليه وشرائه منه إذا كان فيه نفع ظاهر ، ولا يجوز بالاجماع إذا لم يكن فيه نفع ظاهر ، وذلك لأنه لقصور شفقته لم يلحق بالأب أو الجد ، ولكن إن كان فيه نفع ظاهر يملكه بالنص ، وهو قوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن » ولا شك أن التصرف الذى فيه نفع ظاهر هو قربان لمال اليتيم بالتى هى أحسن ، فجاز بنص القرآن .

والنفع الظاهر فسره بعضهم بأنه فى العقار أن يشتريه من الصغير بضعف قيمته ، ويبيعه بنصف القيمة ، وفى المنقول أن يشتريه بثمن يزيد عن قيمته بمقدار نصفها ، ويبيعه بثمن يقل عن قيمته بمقدار ثلثها ، فيشترى ما قيمته عشرة بخمسة

---

(١) راجع البدائع الجزء الخامس س ١٣٦ والمغنى الخامس ص ٢٤٢ .

عشر ، و يبيعه ما قيمته خمسة عشر بعشرة ، وفسر بعضهم النفع الظاهر بالتصرف الواضح المنفعة لليتيم من غير تقيد بمقادير ، فقد تكون المنفعة ظاهرة ، وإن كانت بمثل القيمة ، كأن يكون الشيء المشترى كثير الغلات بنسبة أعلى من الغلات التى تنال الصغير من ثمنه [١] .

هذا رأى الشيخين فى بيع الوصى المختار من الأب أو الجد فى البيع والشراء من اليتيم ، وقال محمد لا يجوز للوصى ذلك مطلقا ، سواء أ كان فيه نفع ظاهر أم لم يكن ؛ لأن القياس يأبى ذلك ، وكان الاستحسان بالنسبة للأب والجد ؛ لوفور شفقتهما ، وذلك ليس فى الوصى ، فيعمل بالقياس حيث لا وجه للاستحسان .

هذا الخلاف يجرى فى الوصى المختار من الأب أو الجد ، أما الوصى المعين من القاضى [٢] فلا يجوز له أن يشترى مال اليتيم لنفسه ، ولا أن يبيع ماله لليتيم بمقتضى وصايته ؛ وذلك لأن القاضى لا يجوز له ذلك ؛ إذ فعله حكم ، وحكم القاضى لنفسه لا يجوز ، والوصى من قبله كالوكيل عنه ، فيملك ما يملكه ، و بما أن القاضى لا يملك ذلك ، فلا يملكه من هو كالوكيل عنه ، لأنه يستمد القدرة الشرعية منه .

٢٢١ — مما تقدم يستفاد أن الشريعة الاسلامية الأصل فيها ألا يتولى الواحد انشاء العقد قائما مقام العاقدين ، ولكن اعتبار المصالح ، وملاحظة بعض القواعد جعلاها تقر عقد العاقد الواحد قائما مقام العاقدين على أن ذلك على سبيل الاستثناء والاستحسان ، لا الأصل والقياس . وعلى مثل هذا سارت الشريعة الانجليزية والقانون الألمانى والمشروع اللاتينى [٣] ، وهناك شرائع أخرى حديثة أباحت تولى العاقد الواحد عن اثنين ، ولم تمنعه كما فى سويسرا وفرنسا وايطاليا و بلجيكا ومصر ، ولكن لا توجد شريعة أطلقت التحريم أو المنع ، فالشرائع التى

---

(١) راجع رسالة العقود والشروط لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد ابراهيم بك .

(٢) وهو المجلس الحسبى الآن . راجع رسالة العقود والشروط المذكورة آنفا .

(٣) هو مشروع قانون لفرنسا وايطاليا أعدته لجنة من الدولتين .

حرمت أجازت فى أحوال معينة على سبيل الاستثنـاء ، والشرائع التى أجازت منعت فى أحوال استثنتها ، ولقد توسع كلا الفريقين فى الاستثنـاء ، فتقاربت الشرائع المانعة والشرائع المجيزة[1] .

أوصاف العقد

§ ٢٢٢ — نقصد بوصف العقد الاسم الشرعى له الذى يكون اطلاقه على العقد نتيجة لاقرار الشارع له أو عدم اقراره ، وفى حال الاقرار تترتب الأحكام وتثبت الآثار ، وفى حال عدم الاقرار لا تترتب الأحكام ، ولا تثبت آثار العقد .

وقد اختلف الفقهاء فى هذا المقام ، وانقسموا فريقين أحدهما فريق أبى حنيفة وأصحابه ، والثانى بقية الفقهاء ، فالحنفية يقسمون العقود من حيث اقرار الشارع لها وعدم اقراره الى ثلاثة أقسام : صحيح ، وفاسد ، وباطل ، والجمهور يقسمون العقود الى قسمين فقط صحيح وباطل (أو فاسـد) فكلمة الفاسـد وكلمة الباطل مترادفتان عند الجمهور ، متباينتان عند الحنفية . وقد اتفق الفقهاء على أن معنى العقد الصحيح ما أقره الشارع ورتب آثاره عليه (على حسب قوة انشائه) بأن تكون أركانه سالمة لا خلل فيها ، وكذلك أوصافه ، ولم يرد أى منع له من الشـارع الحـكيم . وهذا المعنى متفق على أنه المراد بالعقد الصحيح ؛ ولـكن موضع الخلاف هو فى مقابل العقد الصحيح ، فالجمهور يقولون ان كل مقابل للعقد الصحيح باطل غير منعقد ، سواء أكان الخلل فى أركانه ، أم كان الخلل فى أوصافه ، بأن كان فى أوصافه ما هو محل منع من الشارع ، كالبيع بآجال غير معروفة . وقال الحنفية ان الخلل ان كان فى الأركان ، وهى العاقدان ، أومحل العقد فالعقد باطل أى غير منعقد ؛ وان كان الخلل فى غير الأصل أى غير الأركان ، فالعقد منعقد ، ولـكن لا يرتب الشارع على نفس العقد أحكاما ، بل يرتبها على تنفيذ العاقدين له مخالفين أمر الشارع .

٢٢٣ — ومحور الخلاف فى هذه المسألة يعتمد على قطبين هما محله وموضعه :

---

(١) راجع نظرية العقد للأستاذ الـكبير الدكتور السنهورى بك .

أولهما — هل منع الشارع العاقد من العقد يقتضى عدم وجوده شرعا ؟ اذ لا يعترف الشارع له بوجود . ثانيهما — هل المنع لوصف من الأوصاف يلتحق بالمنع الوارد على الأصل والأركان ؟ فيكون حكم الاثنين واحدا . ومن أجل أن نبين الموضوع بجلاء يجب أن نتكلم فى هذين المنصرين بكلمة موجزة .

أما الأصل الأول فقد اختلفوا فيه ، فجمهورهم يرى أن الشارع اذا نهى عن تصرف شرعى ، ومنع اجازته ، فوجوده مع ذلك النهى غير معترف به من الشارع أى أنه يكون غير موجود فى نظره ، وذلك (١) لأن قيام الشخص به مع النهى عنه عصيان لأمر الشارع ، وكيف يعترف ، ويرتب آثارا شرعية على فعل قد كان حدوثه جريمة فى نظره وعصيانا (٢) ولأن النهى لا يرد من الشارع على تصرف شرعى ، الا لبيان أن ذلك التصرف قد خرج عن اعتباره وشرعيته ، وليس ذلك إلا حكما من الشارع ببطلانه (٣) ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال: « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد ، ومن أدخل فى ديننا ما ليس منه فهو رد » ولا شك أن وقوع الأمر الذى حكم الشارع بمنعه لم يجىء على أمره وعلى مقتضى اعتباره فهو رد ، ومعنى رده ألا يعترف له بوجود وآثار ، فهو باطل فى نظره (٤) ولأن سلف هذه الأمة قد أجمع على الاستدلال بعدم العقود المنهى عنها ، فحكموا بعدم اعتبار العقود المشتملة على الربا ؛ للنهى عن الربا . واحتج ابن عمر رضى الله عنه فى بطلان نكاح المشركات بقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » .

هذا موجز لحجج الجمهور فى استدلالهم بالمنع من التصرف الشرعى ، على بطلانه اذا حصل مع هذا المنع ؛ ويترتب على قولهم هذا أن كل العقود الممنوعة (سواء أكان المنع لخلل فى ركنها وأصلها أم لعيب لحق وصفها) باطلة أو فاسدة وهى فى حكم العدم من غير تفرقة بين العيب فى الأصل أو العيب فى الوصف .

ويرى الحنفية أن المنع ان كان لعيب فى ذات التصرف الشرعى كان هذا سبيلا للبطلان ان قام بالممنوع ، والا فان كان لوصف ملازم كان سبيلا الى البطلان

فى العبادات ، والأنكحة على التحقيق ، ولا يكون سبيلا الى البطلان فى سائر المعاملات ؛ ووجهة نظرهم فى ذلك أن وجود التصرف الشرعى يتم بوجود أركانه سالمة من الخلل ؛ فاذا كان النهى من الشارع قد ورد لأمر خارج عن الأركان ، فلا يمنع ذلك وجود الأركان سالمة ، وعلى ذلك يعتبر التصرف موجودا بوجودها مع المنع ؛ ولا مانع من الجميع بين النهى والوجود ؛ لأن أثر النهى الاثم ، وجواز فسخ التصرف ، ووجوب التخلص منه ، ولذلك لا يتعارض مع وجوده ، بل ان ذلك لا يكون الا مع الوجود ، فالحكم بالوجود المطلق من الشارع لا يتنافى اذن مع نهيه بل يتلاقى معه ، ولا يعترض بأن اعتبار الشارع له موجودا حكم بمشروعيته ، لأن المشروعية تقتضى اقرار الشارع وتثبيته واعانة العاقدين على تنفيذه ، ولا أحد يقول هذا ، بل انا نقول انه موجود وله بعض الأحكام ،ولكن الشارع يوجب الفسخ ، ويرتب الاثم ، كما أن الحكم بوجوده مع النهى عنه لا يقتضى عدم رده ؛ لأنا نقرر أن الالتزام به مردود ، وهو واجب الفسخ ، فلا يلزم أحد العاقدين بموجبه ، ولا تترتب الأحكام فيه بذات التصرف ، بل بأمر آخر اقترن به .

وان التوفيق بين الوجود والمنع ممكن فى المعاملات ، فصح فيها وجودها مقترنة بالنهى . أما العبادات فلأنها قربات خالصة ، ويقرها الشارع موجودة اذا وجدت فيها نية القربة ، ولا يتصور وجود نية القربة مجتمعة مع نية العصيان ، فاذا نهى عن صلاة الحائض ، فاذا صلت عاصية ذلك النهى لا يتصور اجتماع نية الطاعة مع نية العصيان فى فعل واحد ، لذلك كانت العبادات لا يتصور وجودها وجودا شرعيا مقترنة بمنهى عنها ملازم لها .

ولقد ترتب إذن على قول الحنفية أن المنهى اذا كان لوصف لا يترتب عليه بطلان التصرف أن فرض الحنفية قسما ثالثا بين الصحة والبطلان وهو الفساد ، وذلك اذا كان التصرف مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه ، بأن اقترن به وصف ملازم نهى عنه الشارع [1] .

(١) راجع هذا الخلاف فى المستصفى الجزء الثانى ص ٣١ وفخر الاسلام الجزء الأول ص ٢٦٦ وما يليها والأزميرى الجزء الأول ص ٣٢٠ والتحرير الجزء الأول ص ٣٢٩ .

٢٢٤ — هذا هو الأصل الأول . أما الأصل الثانى وهو ورود المنع على الوصف وسريانه الى الأصل فالخلاف فيه مماثل للخلاف فى الأصل الأول ، فالفقهاء الذين قالوا إن النهى اذا ورد لوصف ملازم يبطل التصرف قالوا إن المنع ان ورد على الوصف فقد ورد على الأصل ، والذين قالوا ان المنع ان ورد على الوصف ، فالأصل له وجود شرعى ان أوجده المكلف قالوا إن المنع لا يرد على الأصل الا بمقدار قيام الوصف به ، فاذا زال عنه الوصف الممنوع فقد صار الأصل مشروعا تترتب عليه كل آثاره الشرعية .

وقد احتج أبو حنيفة وأصحابه فى التفرقة بين المنع الوارد على الأصل والمنع الوارد على الوصف بأن المنع إذا كان فى نفس الماهية وهى الأركان عرا الخلل هذه الماهية ، فلا يكون لها وجود فى نظر الشارع ، كمنع بيع الخنزير والميتة ، ومنع تصرفات فاقد الأهلية أو ناقصها الضارة به ضررا محضا ، فاذا حصل تصرف مع هذا المنع كان باطلا ، لعدم تحقق الماهية . و بيان ذلك أن أركان كل عقد هى عاقدان ومحل للعقد ، فمتى وجدت هذه الأركان سالمة عن النهى فقد وجدت الماهية ، وتصير معتبرة شرعا سالمة عن النهى (ولو تعلق النهى بوصف ملازم لها ، كالثمن فى البيع ، والربا فيه) ، واذا اختل ركن من هذه الأركان بأن كان العاقد ممنوعا من العقد ، أو كان المحل غير قابل لحكم العقد ، كبيع الخنزير والخمر فالعقد باطل ، لأن المنع لحق الأركان ، فيبطل الانعقاد . واذا وجدت هذه الأركان ، ولكن وجد منع لوصف مقترن بالعقد كالبيع بشرط أن ينتفع البائع مدة من الزمن ، وهذا شرط ممنوع عند الحنفية ، أو باع بيعا فيه ربا ، ونحو ذلك من العقود التى تتحقق فيها الأركان ، ولكن يقترن بها وصف ملازم منعه الشارع ، فى هذه الحال تكون حقيقة التصرف قد وجدت سليمة خالية من الخلل ، ولكن الخلل قد لحق الوصف ، فينعقد العقد ، ولا يسرى اليه المنع الوارد فى الوصف الا بمقدار اقترانه به وملازمته له ، فيكون العقد منعقدا ، ولكن يجب فسخه ما دام ذلك الوصف مقترنا ، فاذا زايله ذلك الوصف الفاسد زال عنه الخلل .

ويؤيد مذهب أبى حنيفة أيضا أننا لو قلنا ان كل فساد فى الوصف يسرى الى الماهية والأركان ، ويعود عليها بالنقض لسوينا بين الماهية الناقصة لورود المنع عليها و بين الماهية الخالية من المنع ، ولو قلنا بصحة العقد وعدم الفساد مطلقا لسوينا بين الماهية السالمة فى ذاتها وفيها اقترن بهـــا من أوصاف ، و بين الماهية السالمة من الخلل فى ذاتها ، ولكنها مقترنة به فى صفاتها ، وذلك غير جائز ، ولا تتأتى التفرقة الحقيقية بين هذه الأقسام الثلاثة إلا بفرض رتبة بين الصحة والبطلان ، وتلك الرتبة هى رتبة التصرفات الفاسدة ، ومن أجل ذلك قلنا ان العقد أقسام ثلاثة : صحيح وفاسد و باطل (١) .

هذه وجهات النظر التى انبنى عليها أن الحنفية قسموا العقد غير الصحيح الى باطل وفاسد ، وقصروا الباطل على ما كان المنع الوارد من الشارع فيه وارداً على الأركان ، والفاسد ما كانت الأركان فيه خالية من المنع ، ولكن المنع اقترن بوصف ملازم لها ، أو بعبارة أدق الباطل ما كان غير مشروع بأصله ، والفاسد ما كان مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه .

٢٢٥ — ومما احتج به الذين خالفوا الحنفية أنهم قالوا اننا إن اعتبرنا العقد موجوداً فى نظر الشارع مع وصف الفساد ، فاما ألا نرتب عليه أحكاما قط ، واما أن نرتب عليه أحكام العقد ، كما اتفق العاقدان ، واما أن نرتب أحكاما تتفق مع غرض الشارع من غير نظر الى غرض العاقدين ، كالبيع المقترن بشرط ربوى ، ان حكمنا بفساده فأما لا تكون له أحكام قط ، أو أحكامه كما تراضى العاقدان ، أو أحكامه كما يتفق مع غرض الشارع ، فيمحى الربا ويبقى رأس المـال . لا جائز أن نقرر أنه خال من الأحكام الشرعية ؛ لأننا لو قلنا ذلك لكان العقد الفاسد كالعقد الباطل سواء ، وتكون التفرقة لفظية ، والتقسيم لا جداء فيه ، ولا جائز أن نقرر أن له الأحكام التى تراضى عليها الطرفان ، فذلك باطل أيضا ، لأن مؤداه أن يقر الشارع ما نهى عنه ، ويبيح ما حرمه ولا يكون ثمة فرق بين الصحيح والفاسد ، وذلك تناقض وتهافت فى الأحكام الشرعية لا يليق

(١) راجع الفروق للقرافى الجزء الثانى ص ٨٣ .

بالشارع الحكيم ، ولا جائز أن تقول ان الشارع يرتب على العقد الفاسد ما يتفق مع غرضه من غير نظر الى غرض العاقد ، لأن ذلك يؤدى الى المناقضة لحقيقة شرعية ، وهى أن أساس العقود الرضا ، فقد قال تعالى « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض » وقال صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفسه » فلو قلنا ان الشارع يرتب على العقد الفاسد آثارا شرعية تتفق مع غرضه من غير ملاحظة غرض العاقدين لألزمنا العاقد بما لم يرضه ، وذلك لا يصح كما بينا .

واذا كان فرض وجود العقد الفاسد يؤدى حتما الى واحد من هذه الفروض الثلاثة التى لا تتفق مع المنطق ولا مع أغراض الشريعة ومراميها — يكون فرضه باطلا ، لأنه يؤدى الى باطل ، ويكون الحق أن يلحق بالباطل ، ويتساويا من كل الوجوه (١) .

§ ٢٢٦ — والعقد الباطل ليس له وجود شرعى ، فهو فى حكم العدم ، وملغى ليس له أثر شرعى ، فمن باع بيعا باطلا فكلامه فى حكم العدم ، وكذلك الاجارة وسائر العقود الباطلة ؛ لأن أركان العقد اذا لم تتم سالمة ، فالعقد لم يوجد ولم ينعقد . أما العقد الفاسد ، فهو عقد قد انعقد ووجد ، ولكن لا يرتب الشارع عليه آثارا شرعية من ذات العقد ، ويوجب على العاقدين فسخه والتخلص منه ، ولا يلزم به واحد من العاقدين ، فهو لا ينشىء فى ذاته التزاما ، ويستمر الفسخ حقا للمتعاقدين ، بل واجبا عليهما الى أن يتعذر الفسخ ، بيد أنه اذا نفذ العاقدان العقد الفاسد يرتب الشارع بعض الأحكام على التنفيذ بمقتضى ذلك العقد ، لا على العقد المجرد ، فالبيع الفاسد مثلا لا يترتب عليه أى أثر للبيع ، ولكل واحد من العاقدين أن يفسخه ، بل يجب عليه ذلك ، ولكن اذا قبض المشترى المبيع بموجب هذا البيع انتقلت الملكية بذات القبض المترتب على العقد، ولكن مع ذلك يستمر الفسخ واجباً ، الى أن يحدث تصرف يمنع الفسخ .

---

(١) استخلصنا هذا الدليل من الفروق للقرافى الجزء الثانى ص ٨٦ .

ففى هذه الحال لا يكون الفسخ واجبا ، ولكن الاثم يستمر ملازما ، ولا يجب فى البيع الفاسد ، والاجارة الفاسدة ونحو ذلك العوض المذكور فى العقد ، بل يكون الواجب هو ثمن المثل أو أجرة المثل بشرط ألا تزيد عن المسمى ونحو ذلك ، لأن محل العقد اذا استوفى فى العقد الفاسد لا يستوفى بمقتضى العقد المجرد ، بل يستوفى بسبب التمكين الذى أنشأه العقد ، فيجب أن يعوض المالك لمحل العقد ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فالعقد اذا كان فاسدا فالتسمية فاسدة ، واذا فسدت التسمية يجب عوض المثل ، فمن باع بيعاً فاسدا ، تكون تسمية الثمن فاسدة أيضاً ، والشارع لا يلزم بمقتضى أمر قرر فساده ، وبما أن المشترى قد استولى على محل العقد بمقتضى عقد منعقد ، فالواجب حينئذ هو عوض المثل ، حيث فسدت التسمية ، فتكون كالملغاة .

هذا حكم العقد الباطل والفاسد . أما حكم العقد الصحيح ، فهو ترتب الآثار الشرعية عليه ، وعدم جواز استقلال أحد العاقدين بفسخه ان كان لازما ، وفى الجملة العقد الصحيح تترتب عليه الآثار الشرعية كلها على حسب قوة انشائه ، ومقدار ما أعطاه الشارع من قوة .

§ ٢٢٧ — علمنا مما تقدم أن ركن العقد العاقدان ومحل العقد ، فاذا كانت عبارة العاقدين غير صالحة لانشاء العقد كعبارة فاقد الأهلية ، أو كان محل العقد غير صالح لحكمه ، فالعقد باطل ، وذلك بدهى فى الأولى ، لأن أحد العاقدين اذا كان فاقد الأهلية فعبارته ملغاة لا اعتبار لها ، وهى فى حكم العدم ، فلم يوجد عقد ، بل لم توجد حتى صورة العقد التى تكون شبهة تسقط الحد فى بعض الأحوال . وأما الثانية ، وهى عدم صلاحية المحل لحكم العقد ؛ فهى توجب البطلان أيضا ، وهى تختلف عن أسباب الفساد التى تتعلق بأوصاف العقد ، كما بينا ، وذلك واضح جد الوضوح فى العقود المالية [1] .

٢٢٨ — وأما الفرق بين أسباب الفساد التى تتعلق بأوصاف العقد اللازمة ، و بين البطلان لعدم صلاحية المحل فى النكاح ، فذلك هو موضع النظر الدقيق ، والتمحيص

(١) وقد فصلنا الكلام فى ذلك فى محل العقد فارجع اليه .

وذلك أن عبارات كثيرين من المؤلفين فى الفقه الحنفى ، وعلية المحققين فيه تفيد أنهم لا يرون فرقا فاصلا بين بطلان النكاح لعدم صلاحية المحل للعقد ، و بين النكاح الفاسد لخلل فى الأوصاف الملازمة للعقد كالنكاح بلا شهود ، وغير ذلك من الأنكحة التى حكم الفقهاء بفسادها لخلل لحق أوصافها ، فصاحب الهداية لم يذكر فرقا بين باطل النكاح وفاسده ، وهو أحيانا يعبر عن النكاح غير الصحيح بالفاسد وأحيانا بالباطل من غير سبب يجعل هذا مختصاً بتلك التسمية والثانى بالتسمية الثانية . و يعلق عليه كمال الدين بن الهمام فيقول «ان التعبير مرة بباطل ومرة بفاسد ؛ لأنه لا فرق بينهما فى النكاح بخلاف البيع[1] » وتجىء عبارات مختلفة فى فتح القدير تثبت أن التحقيق فى العقد الباطل والفاسد فى النكاح سواء ، وترى أيضا الكاسانى فى البدائع لا يذكر فرقا بين فاسد النكاح و باطله ، وعباراته وتعليلاته تشير من قرب إلى أنهما ليسا إلا نوعا واحداً مقابلا للصحيح ؛ ولذا يقول فى النكاح الفاسد ما خلاصته : « ان النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ؛ لانعدام محله أعنى محل حكمه ، وهو الملك لأن الحرية خلوص ، والملك ينافى الخلوص ، ولأن الملك فى الآدمى لا يثبت إلا بالرق ، والحرية تنافيه ، إلا أن الشرع أسقط اعتبار هذه المنافاة فى النكاح الصحيح لحاجة الناس إلى ذلك ، وفى النكاح الفاسد بعد الدخول لحاجة الناكح إلى درء الحد ، وصيانة مائه عن الضياع بثبوت النسب ووجوب العدة ، وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة ولا عقوبة ، فوجب المهر ، فجعل منعقدا فى حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة ، ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع » فترى من هذا التعليل أنه لا يفرق بين الفاسد والباطل بل يجعل البطلان لعدم صلاحية المحل لأحكام النكاح نوعا من فساد العقد يسرى عليه ما يسرى على كل أحكام العقد الفاسد الذى لا يفترق عن الباطل .

ويجىء التصريح فى النهاية وغيرها من كتب الفقه بعدم التفرقة ، وأصول فخر الاسلام وشرحه ، وحاشية الأزميرى فى الأصول على هذا أيضا .

---

(١) الهداية وفتح القدير الجزء الثانى ص ٣٨٢ .

ولذلك نكاد نحكم بأن المذهب الحنفى لا يفرق بين باطل النكاح وفاسده على النحو الذى بيناه .

٢٢٩ — وفى الحق ان المحققين من المؤلفين يجعلون النكاح الباطل لعدم صلاحية المحل كنكاح المحارم أو للاخلال بوصف من أوصافه — حقيقة شرعية واحدة ، فيصرحون بأن العقد على المحارم والنكاح بلا شهود كلاهما باطل ، فيقول فخر الاسلام فى أصوله ان النكاح بلا شهود باطل ، ويعلل ذلك بقوله : « لأنه منفى بقوله عليه الصلاة والسلام : لا نكاح بلا شهود ، وكان النفى فسخا وابطالا ، وانما يسقط الحد ، ويثبت النسب والعدة لشبهة العقد » وفى التوضيح : « ان النكاح بلا شهود مثل بيع المضامين والملاقيح [1] فى البطلان ؛ لأنه منفى بقوله عليه السلام لا نكاح بلا شهود » .

ومن كل هذا يفهم أن الخلل فى أوصاف عقد النكاح كالخلل فى ركن العقد لعدم صلاحية محل العقد لحكمه يكون كلاهما سببا فى بطلان العقد . ثم بالرجوع إلى التعليل الذى يعللون به ذلك نجده يرمى إلى رفع فاسد النكاح الى درجة باطلة ، فالنكاح بلا شهود يعتبرونه باطلا ؛ لأن الحديث نفى وجوده ، فكان فى حكم المعدوم . وجاء فى حاشية الأزميرى : « وفى النهاية المراد بالفاسد فى باب النكاح هو الباطل ، لأن ثبوت الملك فى باب النكاح مع المنافى، وانما يثبت الملك ضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع للتوالد والتناسل ، فلا حاجة إلى عقد لا يتضمن المقاصد ، ولا يثبت الملك ، وهو الفاسد ، لأن ما ثبت ضرورة يتقدر بقدرها ، فظهر منه أن كل نكاح ورد فيه التحريم ، كنكاح المحارم ونكاح المتعة ، والنكاح المؤقت وغيرها باطل ، وانما عبروا عن بعضها بالفاسد اشارة الى الفرق بين المختلف فيه فى صحته وفساده ، و بين المتفق على بطلانه ، فعبروا عن الخلافية بالفساد ، وعن الاتفاقية بالباطل » .

ومن كل هذا يتبين أن النكاح ليس له إلا قسمان صحيح ، و باطل . ولم

---

(١) المضامين ما فى أصلاب الآباء والملاقيح ما فى بطون الأمهات ، وكلاهما بيعه باطل لا فاسد ، لعدم قبول المحل لحكم البيع ، لأنها غير محققة الوجود الذى يكون مقدور التسليم .

يثبتوا الفاسد . وعللوا ذلك كما تقدم بأن الأصل فى العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة أنها حرام ، والعقد هو الذى يوجد الانتقال من الحرام الى الحلال ، فاذا ورد نهى من الشارع عن هذا العقد فقد نفى بهذا النهى التحليل الذى أعطاه لعقد النكاح ، فيصير العقد لا يثبت حلا ، وبهذا يفقد كيانه ووجوده ، ويعتبر غير موجود ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون النهى لخلل فى الركن أو لخلل فى الوصف .

بيد أن النكاح الباطل إذا كانت له صورة العقد كان شبهة [1] ، فاذا دخل الرجل بالمرأة فى هذه الحال كانت صورة العقد مانعة من اقامة الحد ؛ لأنها شبهة والحدود تدرأ بالشبهات . وإذا لم يقم الحد لم يكن الدخول فى حكم الزنا فى الدنيا ؛ فتثبت به العدة ويجب به المهر ، ويثبت به النسب ، وقد قرروا أن ذلك ليس موجب النكاح ، ولكنه مقتضى الدخول مع شبهة العقد ، وهو يثبت للوطء بشبهة كمن تزف اليه امرأة فيغشاها ظانا أنها عروسه ، وليست هى ، فيثبت بالدخول بها الأمور السابقة للشبهة ولو لم يكن عقد ، لأن الشبهة هنا الجهل الذى لم تتوافر معه أسباب العلم .

أقسام العقد الصحيح

§ ٢٣٠ — قد بينا أن العقد الصحيح هو ماصدر من أهله مضافا الى محل صالح لحكمه ، وسلم من خلل فى ركنه أو فى أوصافه ، وهو بهذا يشمل نوعين من العقود : (١) العقود الصادرة عن أهلها ، وعمن لهم ولاية انشائها ، (٢) والعقود الصادرة من أهلها ، ولكن ليست لهم ولاية انشائها بأن لم يكونوا ذوى الشأن فيها ، وليست لهم نيابة عن صاحب الشأن بولاية شرعية أو وصاية أو وكالة .

والقسم الأول من العقود هو العقود النافذة ، والقسم الثانى هو العقود الموقوفة .

فالعقد الصحيح النافذ ما صدر من أهله مضافا الى محله ، وسلمت أوصافه

(١) على خلاف فى بعض الصور بين الامام وصاحبيه ، والمراد بالحد حد الزنى ، وهو رجم المحصن ، وجلد غير المحصن مائة جلدة .

من الخلل ، وكان صـدوره ممن له ولاية على العقد . وأما العقد المـوقوف ، فهو ما صدر عن أهله مضافا الى محله مع سلامة أوصافه ، ولـكنه لم يكن ممن له الولاية على العقد كعقود الفضولى ، و بيع ناقص الأهلية وشرائه ونكاحه ، فان هـذه العقود صحيحة موقوفة .

ونرى من هذا أن الفقهاء يعدون العقد الموقوف من أقسام الصحيح ؛ لأن العبارة فيه تنشأ موجبة أحكاما ، ولـكن لأنها تلزم من لم يشترك فى انشائه يتوقف العقد على اجازة صاحب الشأن ، فان أجازه نفذ ، وان لم يجزه بطل ، فالعبارة صدرت صحيحة ، لصدورها عن ذى أهلية فى محل صالح ؛ فيكون العقد صحيحا ؛ ولـكن تتأخر الأحكام الى وقت الاجازة ؛ والشافعى يخالف فى ذلك ، و يرى أن العقد الموقوف من أقسام العقد البـاطل ؛ وذلك لأن ولاية العاقد على العقد شرط للانعقاد ، وليست بشرط للنفاذ فقط ، فـكل عقد صدر عمن ليست له ولاية العقد ، فعبارته ملغاة لا يلتفت اليها . فعقود قاصر الأهلية باطلة ، لأنه ليس ذا ولاية ، وكذلك عقد الفضولى [1] ، لعدم ولايته على محل العقد ، وعلى ذلك يقرر الشافعى أن العقد الموقوف عقد باطل ولا يعد من أقسام الصحيح .

§ ٢٣١ — هـذا والأصل فى العقود الصحيحة أن تكون لازمة ، ليس لأحد طرفيها الانفراد بفسخها ، وابطال التزامها ، وذلك لأن العقود تعقد لمقاصد وأغراض ، واشباع حاجات ، فـكان من تمام مقصودها أن يكون الوفاء بها لازما على كلا طرفيهـا ، ولأن العقود عهود ، وعدم الوفاء بالعهد نكث فى الذمة ، وقد قال تعالى : « وأوفو بالعهد ، إن العهـد كان مسئولا » ولأن الوفاء بالعقود لازم بنص القرآن : اذ يقول الله تعالى « يأيها الذين آمنوا ، أوفوا بالعقود » ، ولأن آثار العقود التزامات ، والالتزامات من طبيعتها أن تكون لازمة .

---

(١) راجع تصرفات الفضولى وتصرفات قاصر الأهلية ، فقد بينا هناك مذهب الشافعى بأدلته ، هذا ويلاحظ أن القانون الحديث لا يعتبر العقد الموقوف من أقسام الصحيح ، بل يعتبره من أقسام الباطل ، مع أنه يوافق الحنفية فى تصرفات الفضولى ، ولـكن مع أنه يعده من أقسام الباطل يقرر أنه باطل نسبيا ؛ لأنه يصير الى البطلان فى حال عدم الاجازة ، وذلك نظر دقيق .

بيد انه مع أن الأصل فى العقود أن تكون لازمة لاحظ الشـارع أن من مصلحة العاقدين ، ومن تمام الاستيثاق من الرضا عن بينة أن يجعـل ماهو لازم ليس بلازم أحيانا ، بل ان من شأن بعض العقود أن تكون التزاماتها من جانب واحد ، فالعاقد الآخر غير ملزم بالتمسك بها ، لأنها بالنسبة له ليست عهدا واجب الوفاء ، كالـكفالة بالنسبة لصاحب الحق الذى كان موضوع الـكفالة . بل ان من العقود مالا يكون من مصلحة العاقدين ، والمعاملات الماليـة أن تكون لازمة ، لهذا كله جعل الشارع بعض العقود لازما و بعضها غير لازم ، و بينهما درجات فى اللزوم وعدم اللزوم . وعلى ذلك قد قسم الفقهاء العقود بالنسبة للزوم إلى أر بعة أقسام :

(القسم الأول) عقود لازمة غير قابلة للفسخ ، وهى عقود النكاح والخلع، فان النكاح إذا انعقد انعقد لازما لايقبل الفسخ ، فلا يمكن العاقدين أن يتراضيا على فسخه وابطاله ، لأنه متى انعقد لايبطل ، ومثـله الخلع ، اذا انعقد لايستقل أحد العاقدين بفسخه ، وإذا تراضيا على فسخه لايفسخ . وقد يقول قائل : إن النكاح غير لازم بالنسبة للزوج ، لأنه يملك التخلص منه بالطلاق . والجواب عن ذلك ان الطلاق ليس فسخا للنكاح ، بل هو انهاء له ، ووضع حـد لآثاره ؛ اذ الفسخ يأتى على أصل العقد بالابطال ؛ فيصير به العقد كأن لم يكن ، كالمتبايعين اذا تقابلا البيع ، وكالمرتهن إذا فسخ الرهن ، فان العقد فى هذه الحالة يعتبر بالنسبة للعاقدين كأنه لم يوجد ، والطلاق ليس كذلك ، لأن الطلاق مبنى على النكاح ، ولا يتصور من غير انعقاد النكاح ، إذ هو ثمرة من ثمراته ، فلا يمكن اذن أن يأتى على النكاح بالنقض، لأنه الأصل الذى قام عليه ، فلا يعتبر الطلاق فسخا ، بل يعتبر انهاء للحياة الزوجية ، مع بقاء آثار العقد التى وجدت بمقتضاه قبل الطلاق ، بل قد يكون الطلاق تقريراً لبعض أحكام العقد ، فهو يقرر حق المرأة فى نصف المهر ان كان قبل الدخول ، و يجعل لها حق المطالبة بمؤخر الصداق ان كان بعد الدخول .

والعقود اللازمة التى لا تقبل الفسخ لا تدخلها الخيارات فلا يدخلها خيار الشرط ولا الرؤية ، كما لا يدخلها خيار العيب فى الجملة [١] . وذلك لأن الخيار معناه أن يكون لأحد العاقدين الحق فى فسخ العقد ، وذلك ينافى طبيعة هـذه العقود ، لأنها لا تقبل الفسخ من أحد العاقدين ، أو منهما مجتمعين كما قررنا ، ولأن أنواع الخيارات لا تدخل هذه العقود ، قال الفقهاء فيها انهـا لا تتراخى أحكامها عن أسبابها ؛ لأن الخيار من شأنه أن يجعل أحـد العاقدين غير ملزم بالتزامات العقد ، فدخوله فى العقد يجعل فاصلا بين العقد والتزاماته أو بين سببه وهو الصيغة وآثاره وهى الأحكام .

(والقسم الثانى) عقود لازمة تقبل الفسخ ، فيجوز للعاقدين أن يتراضيا على فسخ العقد ، ويكون الفسخ بالنسـبة لهما فى حكم ابطال العقد ، وكأنه لم يكن . وهذه هى عقود المعاوضات كالبيع والاجارة والمزارعة والمساقاة وغير ذلك ، وهذه العقود قسمان :

(ا) عقود ، القبض لازم لها ، وهى الصرف والسلم و بيع الر بو يات ، وهذه تـكون لازمة وليس لأحد العاقدين أن يشترط لنفسه حق فسخها فى مدة معلومة بأن يشترط لنفسه خيار الشرط ؛ وذلك لأن هـذا الشرط ينافى القبض اللازم لهذه العقود ، فاشتراطه يكون منافيا لمقتضى العقد ، فلا يصح ، وعلى ذلك تـكون هذه العقود لازمة ، ولا يعطى أحد العاقدين حق فسخها بشرط فاسخ . والقسم الثانى من عقود المعاوضات عقود لا يلزم القبض فيها كسائر البيوع ، وكالاجارات وغيرها ، وهـذه تـكون لازمة ، لا يستقل العاقدين بفسخها ، ولهما أن يفسخاها بالتراضى ، لأنهـا قابلة للفسخ ، ولـكن مع ذلك لأحـد العاقدين أن يستقل بفسخها إذا اشترط ذلك لنفسه فى العقد مدة معلومة ، وذلك بمـا يسمى خيار الشرط على ما نوهنا اليه .

---

(١) أما فى التفصيل فخيار العيب يدخل فى بعض الأحوال النادرة على خلاف طويل بين الفقهـاء فى ذلك . موضعه كتاب النـكاح . والتفريق للعيوب ومن الخيارات التى تدخل عقد النكاح خيار البلوغ وهو أمر استثنائى فيه .

وعقود المعاوضات فى الجملة لا يثبت لها اللزوم عند الشافعى وابن حنبل إلا بعد تفرق المجالس . أما قبل تفرق مجلس العقد فلكلا العاقدين عند هذين الامامين فسخها بخيار المجلس ، وخالف فى ذلك بقية الأئمة على ما بيناه فى خيار المجلس فى أول الكلام فى العقود . ثم شرط لزومها خلوها من خيار الشرط والرؤية والعيب ؛ لأنها إن وجد أحدها كان العقد غير لازم ، لعدم تكامل الرضا .

(القسم الثالث) عقود لازمة بالنسبة لأحد العاقدين ، غير لازمة بالنسبة للعاقد الآخر ، وذلك مثل الرهن والكفالة ، فانهما عقدان لازمان بالنسبة للراهن والكفيل ، لتعلق حق المرتهن والمكفول له بالعين المرهونة ، و بذمة الكفيل ، ولكن هذين العقدين غير لازمين بالنسبة للمرتهن والمكفول له ، لأنهما بالنسبة لهذين ، للاستيثاق من استيفاء حقوقهم ، ولهما أن يتنزلا عنها ، فلهما بالأولى أن يتنزلا عن الاستيثاق من استيفائها ، وكذلك كل عقد يكون فيه أحد العاقدين قد تعهد تعهدا أوجد لغيره حقا قبله من غير أن يكون له حق فى نظيره قبل هذا الآخر ، فانه فى هذه الحال يكون ملزما بالوفاء ، والآخر غير ملزم بشىء ، فلا يكون العقد لازما بالنسبة له .

(القسم الرابع) عقود غير لازمة بالنسبة لكلا العاقدين ، فلكلا العاقدين أن يفسخها منفردا بفسخها ، مستقلا به ، ولو لم يرض الطرف الآخر ، وهذا يشمل عقد الوكالة وعقود التبرع التى لم تخرج على أبواب الصدقات ، وكذلك عقود التبرع المضاف الى ما بعد الموت ، فكل هذه العقود لكلا العاقدين أن يفسخها منفردا ، ولو لم يرض الطرف الآخر .

وعقود الشركات لا تكون لازمة أيضا ؛ لأنها فى مضمونها ليست إلا عقود وكالة ؛ لأن كل واحد من العاقدين قد وكل الآخر فى التصرف عنه فيما يملك من التصرفات على ما هو مبين فى باب الشركات .

هذه هى أقسام العقود بالنسبة للزوم وعدمه . وللفقهاء اختلاف فى دخول

بعض العقود فى أحـد الأقسام دون الآخر وهو مبين فى موضعه من هذه العقود ، ونحن هنا لا نتعرض إلا للقضايا العامة .

الخيارات

§ ٢٣٢ — الخيارات جمع خيار ، ومعناه الاختيار (١) ومعناها فى الجملة طلب خير الأمرين ، والاتجاه اليه . ويقول ابن الأثير فى النهاية فى معنى كلمة الخيار فى قوله عليه السلام : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا « الخيار اسم من الاختيار ، وهو طلب خير الأمرين اما امضاء العقد أو فسخه » . وهذا المعنى الذى ذكره ابن الأثير قريب من المعنى الشرعى لهـذا اللفظ الذى اختصت به الشريعة الاسلامية من بين القوانين الحديثة ، فان المعنى الاصطلاحى لذلك اللفظ هو أن يكون لأحد العاقدين أو كليهما الحق فى فسخ العقد ، بأن يعطى الحق فى تخير أحد الأمرين اما امضاء العقد وتقريره ، أو فسخه ونقضه من أساسه .

وإذا كان هذا هو المعنى الشرعى للخيارات فهو يومىء من قرب الى العلة الدافعة لشرعية الخيارات ، وهى الاستيثاق من الرضا ، والتأكد من وجوده والتعرف لما يعود على العاقد له من وجوه النفع ، وما يغرم فى سبيلها ، والموازنة بينهما موازنة تكون على بينة من حقيقتهما . لذلك جعلها الشارع فى أحوال خاصة أو عند اشتراط أحد العاقدين لنفسه حق الفسخ أو الخيار ، وذلك إذا كان الرجل على شك من أن العقد فى مصلحته ويريد التروى ، ودراسة الموضوع من كل نواحيه من غير أن يفوته العقد ، فقد يدفعه نقص خبرته إلى أن يشترط ذلك لنفسه ، أو أن يشترطه لشخص آخر يهمه رضاه بالعقد ؛ ليستوثق من أنه كان فى مصلحته . ثم أحياناً يكون علم الشخص بالمعقود عليه ناقصاً، فيلاحظ الشارع هذا النقص ، فيعطيه حق الفسخ ، ليكون رضاه على علم و بينة ، بل أحياناً يرضى عالماً بالمعقود عليه على

---

(١) ويقول النحويون انه اسم مصـدر للفعل اختار ، لأن اسم المصدر ما كان فيه معنى المصدر دون حروفه ، ولا شك أن هذا معنى كلمة الاختيار ، وهى المصدر دون حروفه .

أنه سليم خال من العيوب ، ثم يبين معيباً بعيب لم يكن يعلم به وقت العقد ؛ فأعطاه الشارع حق الفسخ لهذا أيضا .

ومن كل هذا يتبين أن شرعية الخيارات كانت للاستيثاق من أن الرضا بالعقد قام على أساس من العلم الصحيح ، كما يتبين أيضا أن الخيارات تثبت بأحد أمرين (١) اما باشتراط العاقد ، ليتم له العلم الصحيح بمغانم العقد ومغارمه ، (٢) واما بتقرير الشارع دفعاً لنقص فى العلم الذى قام عليه الرضا ، أو منعا لتغرير وتجهيل فى صحبه .

وعلى ذلك تـكون الخيارات قسمين : أحدهما ثبت باشتراط العاقد ، وهو يشمل فرعين : أحدهما خيار التعيين ، والثانى خيار الشرط ، والقسم الثانى يثبت باثبات الشارع ، وذلك يشمل خيارات كثيرة بعضها يختص بعقد لايعدوه كخيار العتق ، وخيار البلوغ [١] ، وبعضها يعم عددا من العقود ولا يختص بواحد منهـا ، وما دمنا نتكلم فى القواعد العامة فلنتكلم من هذا النوع على ما يعم ، ونترك مايخص الى الكلام فى العقود التى تختص به فى الأحوال الشخصية . والذى يعم خياران فقط هما خيار العيب وخيار الرؤية . واذن فلنتكلم على خيارات أربعة هى خيار التعيين ، وخيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وخيار العيب .

خيار التعيين

§ ٢٣٣ — يدخل هذا النوع من الخيـار فى عقود المعاوضات المالية التى تفيد تمليك الأعيان ، فيثبت فى البيع ، والهبة بعوض مشروط فى العقد ، والصلح الذى هو فى معنى البيع ، ومعناه أن يكون المشترى أو البائع بالخيار بمقتضى شرط فى العقد أن يعين واحداً من اثنين أو ثلاثة أشياء متفاوتة قيمتها فيما بينها ،

(١) قد آثرنا أن نترك الـكلام فى هذين النوعين من الخيار وما يشبههما كخيار الـكفاءة لأنها تختص بالأحوال الشخصية ونحن لا نمسها الا على قدر الضرورة . وخيار العتق أن يثبت للأمة حق اختيار نفسها بعتقها اذا زوجت وهى أمة ، وخيار البلوغ أن يكون للغلام أو الفتاة اذا بلغا حق الفسخ اذا زوجهما غير الأب والجد من الأولياء .

فالعقد يكون معقوداً على واحد من شيئين أو ثلاثة على أن يكون لأحد العاقدين الحق فى تعيين ذلك الواحد .

وثبوت ذلك النوع من الخيار موضع خلاف بين الفقهاء ، لأنه مخالف للقياس ، اذ القياس يقتضى أن يكون محل العقد معيناً معلوماً ، والتخيير بين واحد من ثلاثة تجهيل له ، فلا يكون العقد صحيحاً ؛ لأنه غرر وكل غرر يفسد العقد على نحو ما علمت فى محل العقد . ولقد أخذ بهذا القياس احمد بن حنبل والشافعى وزفر ، فقد جاء فى الشرح الكبير ما نصه : « لا يجوز أن يبيع عبداً غير معين ؛ لأنه مجهول ، ولأنه غرر ، وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ، ولا عبداً من عبيده سواء قلوا أم كثروا ، وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة إذا باعه عبداً من عبدين أو من ثلاثة بشرط الخيار صح »[1] ، فمذهب الحنفية خالف فيه القياس إلى الاستحسان ، ووجهه أن الحاجة اليه ماسة ؛ لأن من الناس من لايغشون الأسواق ، ولا يصفقون فيها ، كالأكابر وكالمخدرات من النساء ، فاحتاجوا الى أن يأمروا بالشراء لهم ، ثم لا تندفع حاجتهم بشراء شىء واحد معين من جنس ما يرغبون فى شرائه ، فعساه لا يوافق رغبتهم من كل الوجوه ، فيحتاج الى أن يشترى رسولهم أو وكيلهم واحداً من اثنين أو ثلاثة من ذلك الجنس ، ويحملها اليهم ، ليختاروا أحدها ، ولأن الحاجة ماسة الى هذا النوع من العقود إذ جرى التعامل به ، وجرى عرف الناس على اقراره ، ومن المقرر فقهيا أن العرف يكون حجة يخالف بها القياس . وجهالة المبيع هنا مغتفرة ؛ لأنها لا تفضى إلى المنازعة ، وما كانت الجهالة مفسدة للعقد لذاتها ولكن لأنها مفضية إلى النزاع ، فاذا لم يتحقق فيها ذلك الوصف فلا تتحقق سبباً للفساد ، فيصح معها ولا تبطله .

§ ٢٣٤ — ويشترط لصحة العقد مع هذا الخيار ثلاثة شروط : أولها أن يكون التخيير بين ثلاثة أشياء فأقل ، فان كان بين أربعة فأكثر لم يصح ،

---

(١) الشرح الكبير الجزء الرابع ص ٢٩ .

ثانيها أن تكون هذه الأشياء التى يجرى التخيير فيها متفاوتة فيما بينها ؛ لكى يتحقق التخيير بين أحدها ، وأن يذكر مع كل واحد ثمنه ليكون الثمن معلوما ، ثالثها أن يكون للخيار مدة معلومة ، حدها ابو حنيفة بثلاثة أيام لا تتجاوزها . واكتفى الصاحبان بأن تكون معلومة ، وليس لها حد أعلى ، فكل أمد يذكر يصح معه العقد مهما يتطاول ويمتد ، وقال آخرون ان خيار التعيين ليس له مدة معلومة .

هذه هى شروط خيار التعيين التى لا بد منها لصحة العقد معه ، وإن لم تتحقق فسد العقد ، وقد عللوا اشتراط أن يكون الخيار بين ثلاثة أشياء بأن شرعية خيار التعيين للحاجة ، والحاجة تقدر بقدرها ، فيكتفى بما يدفعها ، ولا شك أن التخيير بين ثلاثة لا يتجاوزها ، فيه دفع لها ، لأن الثلاثة تشتمل على الجيد والمتوسط والردىء ؛ وبالتخيير بينها تدفع الحاجة التى جعلت الفقهاء يقررون خيار التعيين خروجا على القياس الى الاستحسان ، فيكون التخيير بين أكثر من ثلاثة تخييرا لا حاجة اليه فيبقى على أصل القياس .

وعللوا اشتراط التفاوت بين الأشياء المخير فيها مع بيان ثمن كل واحد ؛ بأنها إن لم تكن متفاوتة فى مزاياها لم يكن للتخيير بينها معنى ، فيكون عبثاً ، وبأنه ان لم يذكر الثمن وكان مجهولا فسد البيع ، لأن هذه الجهالة تفضى الى المنازعة ؛ ولأن الفقهاء يقررون أن حكم العقد مع خيار التعيين أن العقد يكون معقودا فى واحد من الثلاثة أو الاثنين غير معين ، ولا يتأتى ذلك إلا إذا ذكر أمام كل واحد ثمنه .

وعلل أبو حنيفة تعيين مدة الخيار بثلاثة أيام بأنه يشبه خيار الشرط ، وخيار الشرط عنده لا تتجاوز مدته ثلاثة أيام . والصاحبان فى اشتراطهما تعيين المدة من غير ذكر حد أعلى لها يسيرون على أصلهم فى خيار الشرط ، وسنبين وجهة نظر الفريقين فى ذلك عند الكلام فى خيار الشرط .

ووجهة نظر الذين لم يعينوا لخيار التعيين مدة أن المدة شرط فى كل خيار لا يثبت معه أثر العقد ، ليعلم متى يثبت الأثر ؛ فاشترطت فى خيار الشرط على

ما سيجيء ، لأنه يؤخر الحكم بالنسبة لمن له حق الخيار ، أما خيار التعيين فيثبت فيه الحكم فى واحد غير معين بدليل أنه لو مات من له الخيار ينتقل الملك لورثته فى واحد غير معين ، ويكون لهم حق التعيين ؛ ولأن الحكم فى العقد الذى قارنه شرط خيار التعيين يثبت بمجرد العقد لم تثبت فيه مدة .

ولكن الأمثل والأعدل بالنسبة للعاقد الآخر الذى لم يكن له الخيار أن تكون هناك مدة ليستطيع أن يعرف مآل ملكه ، والنهاية التى ينتهى اليها من له الخيار بحيث اذا مضت المدة ، ولم يختر ، أجبر على الاختيار والتعيين.

٢٣٥ — ولقد قال بعض الفقهاء إن خيار التعيين لا يصح إلا إذا كان معه خيار شرط بأن يشترط العاقد الذى اشترط لنفسه خيار التعيين أن يكون له حق الفسخ مدة معلومة ، وهذا هو اختيار شمس الأئمة السرخسى ، وقال فيه انه الصحيح ، وجاء فى الجامع الصغير ، وقال بعضهم لا يشترط أن يصحب خيار التعيين خيار شرط ، وهو المذكور فى الجامع الكبير ، وما ذكر فى الجامع الصغير اتفاق لا على وجه الاشتراط ، وقال فى هذا القول فخر الاسلام إنه الصحيح .

وعلى رأى من يرى أن خيار التعيين لابد أن يصحبه خيار شرط ، يكون من له الخيار الحق فى تعيين واحد من الثلاثة أو الاثنين . ويكون له الحق فى فسخ العقد من كل الوجوه بمقتضى خيار الشرط ؛ اذ خيار الشرط يجعل له الحق فى فسخ العقد مطلقا ، لا فى تعيين واحد من الثلاثة أو الاثنين ، وأما على رأى من يقول ان خيار التعيين لا يشترط لتحققه وجود خيار الشرط معه فقد قالوا ان من له الخيار الحق فى اختيار واحد من الثلاثة وليس له أن يردها جميعا ؛ لأن العقد منعقد بات لازم بالنسبة لواحد غير معين ، وعلى من له الخيار التعيين . وقال الكرخى إن له أن يردها جميعا ، لأن خيار التعيين بمنزلة خيار الشرط يجعل العقد غير لازم [1] . وجاء مثل هذا فى البدائع للكاسانى ، وعلله بأن الملك الذى يثبت مع خيار التعيين فى واحد غير معين ملك غير لازم ، ولمن له حق الخيار

---

(١) راجع الزيلعى الجزء الرابع ص ٢١ .

على هذا أن يردها جميعاً ، ويشبه هذا الملك بالملك الذى يثبت مع خيار الرؤية والعيب [١] .

§ ٢٣٦ — وخلاصة القول أن وصف العقد الذى يكون مقترناً به اشتراط خيار التعيين لأحد العاقدين أن العقد يكون منعقداً ، ويثبت أثر الملك فيه للمشترى فى واحد غير معين من ثلاثة الأشياء أو الاثنين ، وهذا هو الراجح فى المذهب ، ويرى بعض الفقهاء وهم الأكثرون أن من له الخيار ليس له الحق فى فسخ العقد، ولكن له فقط أن يعين ما يشاء ، ويرى بعضهم أن له الحق فى تعيين ما يشاء ، كما له الحق فى فسخ العقد نفسه ؛ لأن الملك الذى يثبت به ملك غير بات كالملك الذى يثبت مع خيار الرؤية والشرط .

وينتهى الخيار باختيار واحد مما خير فيه صراحة بأن يقول اخترت هذا ، أو دلالة بأن يتصرف تصرفا يدل على اختياره لأحدها كأن يخير بين ثلاثة أثواب فيأخذ أحدها ويخيطه فهذا الفعل يكون اختيارا لأحدها بدلالة الفعل لا بدلالة القول .

وكما ينتهى الخيار باختيار أحدها صراحة أو دلالة ينتهى بهلا كها وبقاء واحد بعينه ، فى هذه الحالة يكون متعيناً للاختيار ، وفى كتب الفقه تفصيل فى الهلاك فليرجع اليه فيها ، وليس كتابنا لتفصيل أحكامها ، بل لاجمال كلياتها .

خيار الشرط

§ ٢٣٧ — خيار الشرط هو أن يشترط أحد العاقدين أو كلاهما لنفسه أو لغيره حق فسخ العقد مدة معلومة من الزمان ، كأن يقول المشترى مثلا اشتريت هذه العين بثمن كذا على أنى بالخيار ثلاثة أيام . وهذا الشرط يكون مقارنا للعقد ، وهو مخالف لمقتضاه ، ولذلك قالوا إن الأصل والقياس أن يكون شرطاً فاسدا مفسدا لعقد المعاوضة ، ولكن الفقهاء أجازوه استحساناً ، لسببين :

---

(١) البدائع للكاسانى الجزء الخامس ص ٢٦٣ .

أحدها — ورود الأثر بصحته واجازته ، فقد ورد فى الحديث أن حبان ابن منقذ كان يغبن فى البياعات فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « إذا بايعت فقل لا خلابة ، ولى الخيار ثلاثة أيام »[1] فهذا الحديث صريح فى اجازة خيار الشرط ، ومن المقرر أن ورود الأثر بصحة شرط يجعله صحيحا ، وإن كان مخالفا لمقتضى العقد ؛ لأن النص فى الشريعة حاكم على العقود ، لا خاضع لأقيستها .

ثانيهما — أن الحاجة قد تدعو إليه ، فقد يخشى أحد العاقدين الانخداع اما لعدم الصفق فى الأسواق ، أو لأنه لم يكن ذا خبرة تامة بصنف المعقود عليه ، وقد يريد أن يشاور من يهمه الرضا بالمعقود عليه ؛ فكان من مقتضى هذا أن يعقد العقد مشترطا لنفسه حق الفسخ أمدا ، حتى يستطيع أن يدرأ عن نفسه التغرير ومغبته ، باستشارة أهل الخبرة ، وحتى يضمن رضا من يهمه رضاه ، وترى من هذا أن الحكمة فى شرعية خيار الشرط هى الاستيثاق من الرضا ، والتمكين من أسبابه ، والاحتياط له بحياطته بكل دواعى العلم ليكون على بينة تامة ، ومعرفة صحيحة .

§ ٢٣٨ — ومدة الخيار ثلاثة أيام لا تزيد عنها ، وقد تنقص ، وهذا عند أبى حنيفة وزفر والشافعى ، وقال الصاحبان واحمد بن حنبل يصح إذا ذكرت مدة معلومة ، ولوكانت طويلة . وقال مالك الأصل أنه يكون لثلاث ولكن يصح تعيين أكثر من ثلاثة إذا وجدت حاجة تدعو إلى ذلك ، كأن يكون من يريد استشارته فى قرية لا يصل ويعود منها فى ثلاثة أيام ، ففى هذه الحال يصح الخيار المدة التى تسع الذهاب والأوبة ، والاستشارة .

وحجة الذين قيدوا المدة بالثلاثة لا تعدوها أن شرط الخيار ثبت على خلاف

---

(١) جاء فى فتح القدير فى بيان سياق الحديث « عن ابن عمر قال : كان حبان بن منقذ رجلا ضعيفا ، وكان قد أصابته فى رأسه مأمومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار الى ثلاثة أيام فيما اشتراه ، وكان قد ثقل لسانه ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : « بع وقل لا خلابة » وكان يشترى الشىء ، فيجىء ، فيقولون هذا غال ، فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرنى فى بيعى » الفتح الجزء الخامس ص ١١١ .

القياس إذ هو شرط مخالف لمقتضى العقد ، وقد ثبت لورود النص به ، فيقتصر فيه على محل النص ، والنص الذى ثبت به وهو حديث حبان الآنف ذكره مقصور على ثلاثة ، فلا يتجاوز به الثلاثة . وفوق هذا فقد ورد عن ابن عمر أنه قال « ماأجد أوسع مما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبان ، جعل الخيار ثلاثة أيام ، إن رضى أخذ ، وان سخط ترك [1] » .

هذه حجة أبى حنيفة وزفر والشافعى ، وهى حجة مالك أيضا ؛ لأنه يقيد المدة بها أيضاً ، غير أنه يقول ان الحاجة أيضا تبيح مخالفة مقتضى العقدما لم تصادم نصا ، لذلك جاز ذكر مدة أطول من ثلاثة إن وجدت حاجة داعية ، وأيضا فانه إذا لم تكن الثلاثة كافية لم يكن لشرعية الخيار للشخص فائدة ؛ فكان من معنى النص اباحة أكثر من الثلاثة إن وجدت حاجة داعية لتقدير أكثر منها .

وحجة الصاحبين واحمد بن حنبل أن الخيار شرع للتروى لدفع الغبن ، ومنع التغرير ، والأمن من الانخداع ، وقد تدفع الحاجة إلى تعيين مدة أطول ، فجاز تعيين هذه المدة ، و يترك الأمر إلى تقدير العاقدين ، وكون الخيار شرع على خلاف القياس لا يستدعى الاقتصار على ذكر المدة المذكورة فى الحديث ؛ فربما ذكر الرسول صلى الله عليه وسلم هذه المدة لكفايتها لحبان ، ولكن عساها لا تكفى غيره ، ممن يكونذووه الذين يستشيرهم غائبين عنه وليسوا مقيمين معه كحبان ، وان قصد العاقدين إلى تعيين مدة أطول دليل على حاجتهم اليها ، وهو ضابط صالح لتعيين الحاجة ، وأيضا ، فان الحديث شرع شرط الخيار لمعنى معقول لا تعبدا ، وهو خشية الغبن فى البياعات ، فكل موضع ثبتت فيه تلك الخشية فالخيار مشروع فيه ، والمدة التى تكفى للتروى ودرء الغبن هى التى يعينها العاقد لنفسه ، وكل امرىء أدرى بحاله .

§ ٢٣٩ — وخيار الشرط يصح أن يشترطه كل واحد من العاقدين لنفسه ، و يصح أن يشترطه أحدهما لنفسه دون الآخر ، و يصح أن يشترطه أى واحد من العاقدين لغيره ، وذلك عند أبى حنيفة ومالك واحمد بن حنبل والشافعى على أحد

(١) الشرح الكبير الجزء الرابع ص ٦٦ .

قوليه ، وخالف فى ذلك زفر والشافعى فى قول ، وحجة من خالف ورفض أن يكون الخيار لغير العاقدين — أن الخيار شرع لمصلحة العاقدين وليس لغيرهما فى العقد حظ فلم يشرع له ، وأيضا فالخيار إذا اقترن شرطه بالعقد كان مثل موجباته وأحكامه ، وهى لا تتعدى العاقدين فاذا اشترط الخيار لغيرهما كان ذلك اثبات حكم العقد لغير العاقدين .

وحجة الأئمة فى اجازتهم ذلك أن الحاجة التى شرع اشتراط الخيار بسببها هى التى تجعل اشتراط الخيار لغير العاقدين سائغا ؛ لأن الشخص عساه يحتاج لمشاورة غيره والرجوع اليه ، لأنه يهمه رضاه بالمعقود عليه وقبوله له ، فيشترط الخيار له ، ويفوض اليه حق الفسخ ، ليكون الرضا عقدة معنوية فى عنقه لايستطيع الخروج منها . وكون الخيار من مقتضيات العقد ، لايتنافى مع اشتراطه لغير العاقدين ؛ لأنه ان اشترطه أحد العاقدين لغيرهما كان الخيار لهذا العاقد بالاصالة ولغيره بالنيابة ، فكأن له حق الفسخ بمقتضى الوكالة عن العاقد الذى اشترط له الخيار . ولذلك اذا اشترط أحد العاقدين الخيار لغيره ، يثبت الخيار له ضمنا بمقتضى ذلك الاشتراط ؛ لأن هذا مسلط على حق الفسخ من جانبه ، فلا بد أن يثبت له أولا لكى يتصور امكان تسليط غيره على الفسخ . واذا كان الخيار قد ثبت لهما ، فان أجاز أحدهما ، وفسخ الآخر فالسابق منهما يثبت ، فان كانت الاجازة هى السابقة أبرم العقد ، وان كان الفسخ هو السابق فسخ العقد ؛ وانما جعلنا الاعتبار للمتقدم ، لأن تصرف الثانى يعتبر لغواً بالنسبة للأول ، اذ السابق ان كان فسخاً فقد بطل العقد ، والعقد الباطل لا تلحقه الاجازة ، فتجىء إجازة الثانى على غير عقد وان كان السابق اجازة ، فقد أبرم العقد وصار لازماً ، ولا يكون لأحد من بعده حق فسخه (١) .

---

(١) يفرض الفقهاء صورة ثانية ، وهى أن يجيز أحدهما ويفسخ الآخر ، وينطقا بهذا فى وقت واحد ، ويقولون فى هذه الصورة البعيدة الوقوع انه يرجح جانب الفسخ ، هذا فى رواية ، =

§ ٢٤٠ — وخيار الشرط يدخل العقود اللازمة القابلة للفسخ التى لا يشترط فيها القبض قبل تفرق المجلس ، فالعقود غير اللازمة لا يدخلها خيار الشرط ؛ لأنه فيها يكون لغواً لا قيمة له ؛ إذ مؤداه أن يكون لمن اشترط الخيار لنفسه حق فسخ العقد ، وذلك الحق ثابت فى العقود غير اللازمة من غير حاجة إلى الاشتراط ؛ فالاشتراط فيها اذن لغو لا معنى له . والعقود اللازمة التى لا تقبل الفسخ اشتراط الخيار مناف كل المنافاة لمقتضاها ؛ إذ هذه العقود لا تتراخى آثارها عن عباراتها المنشئة له ، وشرط الخيار من مقتضاه تأخير الأحكام بالنسبة لمن اشترط لنفسه الخيار ، حتى تنتهى المدة أو يبرم أو يفسخ ، وهذا معناه أن يتراخى حكم العقد عن عبارته ، وذلك ما لا تقبله العقود غير القابلة للفسخ ، وعلى ذلك يكون النكاح والطلاق والعتاق والخلع لا يدخلها خيار الشرط ؛ لأنها غير قابلة للفسخ . ولا يدخل أيضا خيار الشرط العقود التى يشترط فيها القبض كالعقود الربوية والصرف والسلم ، لأن من مقتضى الخيار تأخير الأحكام ومنها القبض ، وهذه العقود يشترط فيها القبض فهى منافية لاشتراط الخيار .

وكل عقد فيه الأوصاف السابقة يثبت فيه خيار الشرط ، فيثبت فى البيع والاجارة ، والصلح ، والمزارعة والمساقاة وغير ذلك من العقود اللازمة التى تقبل الفسخ ، ولا يشترط فيها القبض .

§ ٢٤١ — وخيار الشرط يمنع ثبوت الالتزام على من اشترط الخيار لنفسه ، فالتزامات العقد بالنسبة له تكون متأخرة ، فالبائع إذا اشترط الخيار لنفسه لا يخرج المبيع من ملكه ، والمشترى إذا اشترط الخيار لا يجب عليه دفع الثمن ، وهكذا ، وتأخير الأحكام بسبب خيار الشرط بالنسبة لمن اشترط الخيار له هو

= وفى رواية أخرى يرجح جانب العاقد ، لأنه الأصل وهو أقوى ، والقدامه على القول عزل لنائبه الذى جعل له الخيار ، وهو يملك ذلك صراحة بالقول ، فيملكه دلالة بالفعل ؛ وهذا لأن تصرف النائب للحاجة ، ولا حاجة عند مباشرة المتصرف بنفسه . ووجه الرواية الأولى انه عند النطق لم يكن العزل قد وجد ، فكلاهما مالك التصرف ، فتعارضا فيرجح الأقوى ، وهو الفسخ ، وان رجحنا الاجازة لم يمكن الفسخ ، مع انه ان رجحنا الفسخ أمكن العقد من جديد .

مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، ومذهب مالك ، وقول فى مذهب الشافعى وابن حنبل ، وعندهما فى قول آخر ان اشتراط خيار الشرط لا يؤخر الأحكام ، بل تثبت الأحكام فور العقد كالعقد الخالى من خيار الشرط ، وكل أثر الخيار أنه يجعل العقد غير لازم كالعقد مع خيار الرؤية عند من يراه ، وكالعقد مع خيار العيب ، وحجة الشافعى وابن حنبل فى هذا الرأى أن العقد صحيح نافذ ، فاقتضى أن تثبت أحكامه بمجرد انشائه ، إذ لا سبب يوجب التراخى ، والخيار ليس بسبب لذلك ؛ لأن الخيار معناه أن يكون للعاقد حق الفسخ ، ومعنى هذا أن يكون غير لازم بالنسبة لمن اشترطه فيقتصر أثره على ذلك ، ولا يتعداه الى تأخير الأحكام (١) .

وحجة أبي حنيفة ومن ذهب مذهبه أن العقد مع الخيار قاصر فلا يثبت أحكاما ، ووجه قصوره هو عدم لزومه ، لأن الشارع إذ جعل بعض العقود لازما فقد ناط بها أحكاما لا تتحقق إلا مع اللزوم، فاذا جعل خيار الشرط العقد اللازم غير لازم ، فقد منع أن تناط به الأحكام التى جعلها الشارع لا تتحقق مع غير اللزوم ، حتى يثبت ذلك الوصف ، فتتحقق هذه الأحكام ؛ وأيضاً فانه من المقرر أن العاقد ليس له التصرف فى الحقوق التى يثبتها العقد مع قيام الخيار لمن اشترطه ، وذلك بالاجماع ولو كان العقد مثبتاً للحقوق التى تنشأ عنه ، لكان لمن ثبتت له التصرف فيها ، وذلك لا يجوز قطعاً . ثم ان من اشترط الخيار لنفسه فمعنى ذلك أن الرضا لم يتم نهائياً من جهته ، وما دام الرضا لم يتم فأحكام العقد لا توجد بالنسبة له ؛ لأن أحكام العقود لا تتبع إلا عقودا تكامل فيها الرضا (٢) .

§ ٢٤٢ — ومهما يكن من اختلاف الفقهاء بالنسبة لتراخى أحكام العقد الذى صاحب انشاءه اشتراط الخيار ، فقد اتفقوا جميعاً على أنه عقد غير لازم بالنسبة لمن اشترط الخيار لنفسه ، فله الفسخ طول مدة الخيار ، وله حق الامضاء

---

(١) راجع فى هذا الشرح الكبير الجزء الرابع ص ٧١ .

(٢) استخلصنا هذه الأدلة من البدائع الجزء الخامس ص ٢٦٥ .

فيها ، فاذا أمضاه أبرم وسقط الخيار ، لأنه يصير عقدا لازما ، واذا فسخ العقد بطل ، وصار كأن لم يكن ، وفسخ العقد أحياناً يكون صراحة ، وأحياناً يكون دلالة . ومثال الثانى أن يشترط البائع الخيار لنفسه ، وقبل مضى مدة الخيار يبيع العين لغير المشترى ، فى هذه الحال يعتبر ذلك فسخا دلالة ؛ لأن بيعه للثانى دليل على عدوله عن البيع الأول ، وذلك اختيار للفسخ وترك للامضاء . وقد اتفق الفقهاء على أن الفسخ غير الصريح يصح فى غيبة العاقد الآخر ، ولكن اختلفوا فى الفسخ الصريح ، فجمهور الفقهاء على أنه يصح فى حضرة العاقد الآخر وغيبته كالفسخ دلالة لا صراحة .

وقال أبو حنيفة ومحمد : انه لا يصح الا فى حضرة العاقد الآخر ، ولا يصح فى غيبته ، ووجهة نظر الجمهور أن الفسخ حق لمن له الخيار يستقل به ولا يحتاج الى رضا الآخر ، وقد نال ذلك الحق باتفاق بينه و بينه ، ويجب أن يترقبه هذا فى كل وقت من أوقات مدة الخيار ، فلا وجه اذن لأن يكون الفسخ فى حضرته ، ووجهة نظر أبى حنيفة ومحمد أن الفسخ من غير اعلامه به قد يترتب عليه ضرر يلحقه ، فكان من الواجب اعلامه به ، ليبحث عن عاقد آخر يتمم معه صفقته ؛ ولذا اذا فسخ فى غيبته لم يتم الفسخ حتى يعلم .

§ ٢٤٣ — وينتهى خيار الشرط بواحد من ثلاثة أمور (١) الرضا بالعقد واجازته صراحة أو دلالة ، (٢) مضى مدة الخيار من غير أن يفسخ العقد فيها فان العقد بمضيها يصير لازما ، لتوقيت حق الفسخ بها ، (٣) موت من له الخيار ، وذلك عند أبى حنيفة وابن حنبل ، وعند الشافعى ومالك ينتقل الحق الى ورثته ، وان لذلك تفصيلا نبينه فى موضع آخر[1] .

ولنوضح الأمر الأول من هذه الأمور فالرضا بالعقد صراحة كأن يقول أمضيت العقد أو أجزته ، ومثال الرضا دلالة أن يكون من له الخيار المشترى

---

(١) سنتكلم فى ذلك فى وراثة أنواع الخيارات جملة ، فلنترك الكلام فى هذا الى موضعه هناك .

فيتصرف فى المبيع تصرف الملاك ، فان هذا التصرف يعتبر اسقاطا للخيار ورضا بالعقد دلالة ، وبها يلزم العقد ويسقط الخيار ، وان لم يكن الرضا بصريح اللفظ .

خيار الرؤية

§ ٢٤٤ — هو الخيار الذى سببه الرؤية ، فهو من اضافة الشىء الى سببه كخيار الشرط والمعنى الشرعي لخيار الرؤية أن يكون للعاقد الذى عقد على شىء معين لم يره حق الفسخ اذا رآه ، فهو خيار يثبت بشرطين (أحدهما) أن يكون محل العقد شيئا معينا كدار وثوب ، بأن يكون معرفا بما يعين شخصه أو كما يقول المناطقة معرفا بالشخص لا بمجرد الوصف الذى يعم ، أما اذا كان دينا بأن يكون معرفا بأوصاف لا تعين شخصه ، بل تبين جنسه ونوعه وحاله ، ويثبت دينا فى ذمته كالمعقود عليه فى السلم ، ففى هذه الحال لا يثبت خيار الرؤية (ثانيهما) أن يكون محل العقد غير مرئى وقت العقد ، فاذا لم يره العاقد كان له الخيار عند رؤيته ، وأما اذا كان قد رآه فلا يثبت الخيار .

٢٤٥ — وخيار الرؤية لم يكن ثبوته محل وفاق من الفقهاء كخيار الشرط ، بل هو محل خلاف ، وأساس هذا الخلاف هو الخلاف فى صحة العقد على الأشياء المعينة الغائبة ، فمن الفقهاء من حكم بأن العقد عليها صحيح ومنهم من حكم بأن بيعها غير صحيح . فأبو حنيفة والشافعى فى مذهبه القديم ، وابن حنبل فى احدى الروايتين عنه يصححون العقد ، ومالك والشافعى فى مذهبه الجديد واحمد بن حنبل فى الرواية الثانية لم يصححوا العقد .

ومن حكم بصحة العقد على الشىء الغائب المعين الذى لم تسبق رؤيته أثبت خيار الرؤية ، فأبو حنيفة وابن حنبل على احدى الروايتين والشافعى على أشهر[1] .

---

(١) يذكر النووى فى المجموع فى البيع ما نصه : « اذا قلنا بقوله القديم فهل تفتقر صحة البيع الى ذكر الصفات أم لا فيه ثلاثة أوجه : (أحدها) أنه لاتصح حتى تذكر جميع الصفات كالمسلم فيه (والثانى) لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة ، والثالث أنه لايفتقر الى ذكر شىء =

تخريجات مذهبه القديم يثبتونه عند العقد على الأعيان الغائبة التى لم تر قبل العقد .

وقد استدل الذين منعوا صحة العقد على الأعيان الغائبة بأن المعقود عليه يجب أن يكون معلوم الذات والصفات ، والأعيان لا تتم معرفتها إلا بمشاهدتها ، وعدم مشاهدتها جهالة تفضى إلى المنازعة فى أصل العقد ، ووصفه ، وفى وقت قبض عوض المعقود عليه ، أما إفضاؤها إلى المنازعة فى أصل العقد ووصفه فلأن الأعيان تختلف رغبات الناس فيها ، وتلك الرغبات لا يتم التطابق بينها و بين العين إلا بالرؤية ، فاذا لم يكن قد رآها قبل العقد أو وقته ثم رآها فقد ينازع فى العقد ، لعدم موافقتها لرغبته ، فقد يقول ان هذا ليس المعقود عليه ، بل شبيه له من جنسه ، وأما افضاؤها إلى النزاع فى وقت قبض عوض المعقود عليه ؛ فذلك لأن تسليم ثمن الأعيان المعقود عليها انما يسبق تسليمها لتعينها ، ولا شك أن ذلك يقتضى رؤيتها ومعرفتها بالمعاينة ، والاختلاف المحتمل عند المعاينة يؤدى الى الاختلاف فى تسليم الثمن .

ولا شك أن هذه الجهالة المفضية الى النزاع غرر ، والنبى صلى الله عليه وسلم قد نهى عن بيع الغرر . وقد استدل الذين أجازوا العقد على الأعيان الغائبة قبل رؤيتها بما روى عن عثمان وطلحة بن عبد الله رضى الله عنهما من أنهما تبايعا أرضا باعها عثمان لطلحة ، ولم يكونا رأياها ، فقيل لعثمان رضى الله عنه غبنت فقال لى الخيار ، لأنى بعت ما لم أر . وقيل لطلحة مثل ذلك ، فقال لى الخيار ؛ لأنى اشتريت ما لم أره ، فحكما فى ذلك جبير بن مطعم ، فقضى بالخيار لطلحة . وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ، ولم ينكر عليهم أحد ، فكان

= من الصفات ، وهو المنصوص عليه فى باب الصرف ؛ لأن الاعتماد على الرؤية ، ويثبت له الخيار اذا رآه ، فلا يحتاج الى ذكر الصفات ، فان وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف ثبت له الخيار ، وان وجده على ما وصف أو أعلى ففيه وجهان : لا خيار له لأنه وجده على ما وصف ، فلم يكن له خيار كالمسلم فيه ، والثانى ان له الخيار لأنه يعرف ببيع فيه خيار فلا يجوز أن يخلو منه . وترى من هذا أنه على مقتضى المذهب القديم قد اختلف التوجيه ، فمنهم من أثبت خيار الرؤية مطلقا ، ومنهم من أثبته فقط فى حال الوصف وتخلف الموصوف عن الوصف الى ما هو أقل حالا من المذكور .

ذلك اجماعا منهم . ولقد روى أيضا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه »[١] واثبات الخيار فى شراء الأعيان الغائبة دليل اقراره الشراء ومشروعيته . ولأن الجهالة التى أوجدها عدم الرؤية لا تفضى الى النزاع ؛ لأنه اذا لم يصادف رغبته فسخ ، وان صادف أمضى .

§ ٢٤٦ — فخيار الرؤية ثبت لأن الجهالة التى وجدت لعدم الرؤية تحدث خللا فى الرضا ، اذ لا يكون مبنيا على معرفة تامة بحال المعقود عليه ، ومن الجائز أن يعرض الندم للعاقد ، إذ لا يجده موافقا لرغبته اذا رآه ، فيثبت له الخيار تداركا لما فاته ، ولكيلا يكون ظلم .

ويثبت خيار الرؤية عند من أجازوه فى كل العقود التى يكون محل العقد فيها شيئا معينا لم ير قبل العقد ولا فى أثنائه ، لأن السبب الذى أوجده محقق فى كل عقد كذلك ، ولذلك أثبتوه فى أربعة أنواع من العقود (أولها) فى عقد البيع إذا كان المبيع معينا بالشخص ، وليس شيئا ثابتا فى الذمة ، فلا يثبت فى السلم ولا فى الصرف . ويثبت للمشترى لا للبائع ، وفى قول لأبى حنيفة أنه يثبت للبائع أيضا إذا كان لم ير المبيع ، ولكن الصحيح عنه غير ذلك . (ثانيها) الاجارة ، فان المستأجر له الخيار إذا لم يكن قد رأى العين المستأجرة (ثالثها) قسمة القيميات فاذا كان أحد الشركاء عند القسمة لم ير نصيبه فله الخيار اذا رآه . (رابعها) الصلح اذا كان بدل الصلح شيئا غير معين[٢] ، لأنه يكون فى معنى الشراء .

§٢٤٧— وليس المراد بالرؤية الابصار فقط ، بل المراد بها هنا ما هو أعم من ذلك ، وهو المعاينة بالحس ، سواء أكانت بالبصر أم بغيره ، كالشم فى المشمومات والذوق فى المذوقات ، أو الجس فى بعض الأشياء التى لا تعرف إلا بالجس ؛ فان معاينة هذه الأشياء بتلك الحواس رؤية . وعلى ذلك يكون من الأعمى خيار الرؤية ، وتكفى منه معاينة المشمومات والمذوقات والأمور التى تعرف بالجس . ومالا

---

(١) طعن بعض المحدثين فى سند هذا الحديث ، وقالوا ان بعض رواته متروك الحديث .

(٢) راجع رسالة العقود والشروط لأستاذنا الجليل الشيخ احمد ابراهيم بك .

يعرف إلا بالبصر يوصف له ، والشافعي يرى أن الأعمى يوكل من يثق برؤيته[١] .

ويكتفى من الرؤية بما يوصل إلى معرفة صفات المعقود عليه المقصودة منه ، فكل رؤية تؤدى الى ذلك ، فهي صحيحة تترتب عليها أحكام خيار الرؤية ، فاذا كانت تلك المعرفة لا تتم إلا برؤية الشيء كله لم تغن رؤية بعضه ، وان كانت تلك المعرفة تتم برؤية بعض دال على الكل ، فيكتفى برؤية بعضه الذى له تلك الخاصة ، واذا كان المعقود عليه عدة أشياء ، فان كانت آحاده لا تتفاوت يكتفى برؤية نموذج منه ، معلن لأوصاف سائره ، كالقمح والقطن . وان كانت تتفاوت آحاده كالدواب فلا تغنى معاينة أحدها ، بل لابد من معاينة كل الآحاد .

ورؤية الوكيل بالعقد تغنى عن رؤية الموكل ؛ لأن كل ما يتصل بالعقد يرجع الى الوكيل على ما بينا فى الوكالة ، والرؤية من تمـام العقد ؛ إذ لزومه لا يتم من دونها . ورؤية الرسول الذى أرسـله ليقبض العين أوليبلغ عبارة العقد لا تغنى عن رؤيته اتفاقا ؛ لأنه لم يفوض اليه ذلك ، وليس له شأن بالعقد .

واختلف فقهاء الحنفية فى رؤية الوكيل بالقبض أتغنى عن رؤية الموكل أم لا ؟ قال أبو حنيفة تغنى ، وقال الصاحبان لا تغنى ، ووجهة نظرهما تقوم على أن الوكيل متصرف فى حدود ما وكل به لا يتعداه الى غيره ، وهو وكيل بالقبض فنيابته مقصورة عليه لايتعداه ، والقبض شيء والرؤية شيء آخر ، ولا يقتضى التوكيل فيه الوكالة فيها. وأيضا فالوكيل بالقبض لا يستطيع اسقاط خيار الشرط ولا العيب برضاه بالعقد ، فكذلك لا تغنى رؤيته عن رؤية الموكل ، ويستطيع اسقاط خيار الرؤية .

ووجهة نظر أبى حنيفة أن الموكل قد وكل الوكيل بقبض تام ، وذلك لأن القبض قسمان قبض تام وقبض ناقص . والأول يكون بقبض الشيء ورؤيته ، والثانى يكون بقبضه من غير معاينـة له كأن يكون مستورا والموكل اذ أطلق القبض فى الوكالة فهو منصرف الى القبض التام المتضمن للرؤية ، فكأنه قد وكله

(١) راجع الرسالة السابقة والمجموع على المهذب الجزء التاسع ص ٣٠٣ . وعند محمد لا يكتفى فيما لا يدرك الادراك الصحيح الا بالشم أو الذوق أو الجس ولا يكتفى بالبصر .

فى الرؤية ، واذا كان قد وكله فى الرؤية فقد أقامه مقامه فيها ، فتغنى رؤيته عن رؤيته وتترتب عليها كل الآثار . ومن المقرر أن القبض من العاقد مع الرؤية يسقط الخيار ، فكذلك قبض الوكيل بالقبض مع رؤيته تسقط الخيار ، ولا يصح أن يقاس خيار الرؤية على خيار العيب والشرط ؛ لأن القبض فيهما لا يسقط الخيار ؛ إذ قبض الموكل نفسه لا يسقط الخيار ، فكذلك قبض موكله ، أما هنا فقبض الموكل مع رؤيته يسقط الخيار ، فكذلك قبض وكيله ، لأنه أقامه مقامه فيه .

§ ٢٤٨ — ومن يثبت له خيار الرؤية فله الفسخ قبل الرؤية و بعدها ، وقد اتفق على أن له الفسخ بعد الرؤية للحديث : « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه » ومعنى ذلك أن له أن يختار العقد أو الترك ، فله الفسخ بعدها باتفاق من حكم بثبوت خيار الرؤية . أما قبل الرؤية فقد اختلف فيه فبعض الفقهاء قال ان له الفسخ قبل الرؤية كما له الفسخ بعدها ، وهو الراجح عند الحنفية . وقال بعضهم إن الفسخ قبل الرؤية لا يجوز ؛ لأن سبب الخيار الرؤية ، فاذا أثبتنا له حق الفسخ قبلها فقد أثبتنا الخيار قبل وجود سببه ، وذلك لا يجوز فى قضايا العقل ؛ لأن السبب لا يتقدم على مسببه ، وان امضاء العقد قبل الرؤية لا عبرة به ، فكذلك الفسخ قبلها يجب ألا يصح . ووجهة نظر من يقول إن الفسخ قبل الرؤية يصح أن العقد مع عدم الرؤية عقد غير لازم بمقتضى وجود خيار الرؤية فيه ، والعقد غير اللازم يجوز لمن هو غير لازم فى جانبه أن يفسخه ، وان السبب فى وجود خيار الرؤية ليست هى الرؤية بل عدم الرؤية ، فالفسخ إذا حصل قبل الرؤية لا يحصل قبل وجود سببه ، بل بعده ، اذ سبب ثبوت الخيار عدم الرؤية ، وذلك حاصل عند العقد .

§ ٢٤٩ — ويستمر حق الفسخ ثابتا الى أن تحصل اجازة للعقد وامضاء له ، أو يموت من له الخيار ، وعلى ذلك يكون خيار الرؤية ليس له أمد محدود ينتهى اليه ، بل يستمر الى أن تحصل اجازة أو موت من له الخيار ، وهذا هو الراجح عند أبى حنيفة وأصحابه ، وفى مذهب الشافعى قول : انه يثبت فى مجلس الرؤية فقط ،

فاذا انصرف عن مجلس الرؤية سقط ، وكان العقد باتا ، وعنه قول آخر انه يثبت فور الرؤية . وقال الكرخي وهو من فقهاء الحنفية انه يثبت الى وقت يتمكن فيه من له الخيار من الفسخ ، فاذا مضى بعد الرؤية ذلك القدر من الوقت سقط خيار الرؤية . وهذه الأقوال الثلاثة متقاربة يقابلها القول الراجح عند الحنفية وهو أنه يثبت مطلقا الى الموت أو حصول الاجازة .

§ ٢٥٠ — واذا كان الراجح أن خيار الرؤية ليس له وقت معلوم عند الحنفية ، بل يوقت بالاجازة فقط ، فقد توسعوا فى معنى الاجازة حتى لا يضار العاقد الثانى بهذا الخيار الذى ليس له وقت ؛ ولذا قالوا ان الاجازة تحصل بالقول الصريح ، وتحصل بكل ما يدل على الرضا ، ومنه أن يقبض العين وهو يراها ، ولا يفسخ ، ومنه أن يتصرف فى العين تصرفا يجعل للغير حقا متعلقا به . وعلى ذلك فالاجازة ثلاثة أقسام : (١) اجازة صريحة بالرضا بالعقد صراحة . (٢) واجازة بما يدل على الرضا دلالة من غير أن يتصرف تصرفا يجعل حق غيره متعلقا بالعين مثل القبض . (٣) واجازة دلالة بتصرف يجعل حق غيره متعلقا بالعين كبيعها بيعاً باتاً أو اجارتها أو رهنها أو هبتها ، ويشبه هذه فى الأحكام هلاك العين أو نقصها أو زيادتها .

والقسمان الأولان لا يعتبران اجازة إلا اذا صدرا عمن له الخيار بعد الرؤية ، أما اذا صدرا قبلها فلا اعتبار لهما ؛ لأن الاجازة قبل الرؤية اذا اعتبرت كان معناها انه اذا رأى فليس له خيار ، وفى ذلك مناقضة لنص الحديث ؛ لأنه يقول : من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ، ولأن ذلك يعتبر اسقاطا للخيار ، وهو ما جاء باشتراط العاقد ؛ أو كان فى معنى الاشتراط فيسقط باسقاط من اشترطه ، بل جاء بأمر الشارع ، فليس للعاقد اسقاطه .

أما القسم الثالث فيعتبر اجازة قبل الرؤية وبعدها ، لأن تلك تصرفات أوجدت حقاً لغيره على وجه لا يمكن استرداده ، أو يمكن ولكن بقضاء القاضى كما فى الهبة بغير عوض ، فيتعذر حينئذ عليه فسخ العقد الأول ورده ، فيسقط الخيار

ضرورة . ولو تقايلا العقد أو رجع فى هبته لا يعود الخيار ، لأن الساقط لا يعود [١] .
ومثل ذلك فى تعذر الفسخ هلاك العين أو تعيبها أو نقصها أو زيادتها زيادة لا تقبل الانفصال ، ففى هذه الحال يتعذر الفسخ فكانت كالقسم الثالث ، فى أنه يعتبر رضا بالعقد يسقط به الخيار قبل الرؤية و بعدها .

خيار العيب

§ ٢٥١ — خيار العيب أن يكون لأحد العاقدين حق الفسخ بسبب عيب اطلع عليه فى المعقود عليه المعين بالتعيين ، ولم يكن على علم به وقت العقد ، فهو خيار اذن سببه عيب بمعقود عليه معين ، وهذا العيب حادث قبل القبض ، ولم يكن عالما به فى أثناء العقد ، ولم يرض به بعد العلم به . والسبب فى شرعية خيار العيب باعطاء العاقد حق الفسخ بسبب العيب أن الاطلاع على عيب لم يكن معلوما وقت العقد دليل على أن الرضا الذى نشأ بمقتضاه لم يكن على أساس صحيح ؛ لأن الرضا بالعقد قام على أساس السلامة من العيوب التى ليست ظاهرة معلومة للعاقدين ، فاذا ظهر عيب لم يكن معلوما ، فقد انهار الأساس الذى قام عليه الرضا ، فشرع خيار العيب ؛ لتدارك الخلل الذى نال الرضا .

والدليل على أن السلامة أساس الرضا أن غرض العاقد من المعقود عليه المعين الانتفاع به ، وهو لا يكون كاملا إلا مع السلامة فكانت مطلوبة ؛ لأن الانتفاع الكامل مطلوب . وان عقود المعاوضات تقوم فى الشريعة على المساواة بين العوضين فى نظر العاقدين ، وتحقيق المساواة فى مقابلة البدل بالبدل ، والسلامة بالسلامة ، وقد سلم أحد البدلين ، فوجب أن يسلم الآخر ، فكانت السلامة مطلوبة للعاقد ، ومطلوبة للشارع أيضاً لتتحقق المساواة .

من كل هذا تبين أن الرضا قام على دعامة من السلامة ، فتخلفها يحدث خللا به ، والله يقول : « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا

---

(١) راجع البدائع الجزء الخامس ص ٢٩٦ ، ٢٩٧ .

أن تـكون تجـارة عن تراض منكم » فاذا لم يتوافر الرضا أو حـدث فيه خلل أوجب نقصه أعطى الشارع من اختل رضاه حق الفسخ(١) ؛ ليتدارك من أمره ما فاته .

هذا والعقد مع العيب من غير تبينه غش وتدليس ، والشارع لا يقر الغش والتدليس ؛ فيجب رفعه وشرع ما يزيله ، وذلك بشرع خيار العيب . ولقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لمسلم باع لأخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له » ويدخل خيار العيب عقود المعاوضة التي يكون فيها المعقود عليه معينا بالتعيين ؛ ولا يدخل عقود المعاوضات التي يكون المعقود عليه غير معين كالسلم ؛ لأن العبرة في هذا النوع من العقود بتحقق الأوصاف المشروطة في المعقود عليه ، فان تحققت قبض ، وان لم تتحقق رد . وعلى ذلك يدخل خيـار العيب العقود التي يدخلها خيار الرؤية ، ولا يدخل غيرها ، وقد بيناها آنفا فارجع اليها .

§ ٢٥٢ — والعيب الذي يثبت هذا الخيار هو الذي يوجب نقصان القيمة عند التجار ، لأن التضرر يكون بنقصان المالية ، والمقياس الذي تقاس به مالية الأشياء هو القيمة ، فكل ما يوجب نقصانا فيها يوجب نقصانا في المالية ، وبهذا النقصان يكون العيب ، والمرجع في ذلك إلى أهل الخبرة فهم الذين يثبتون وجود العيب ، ويقررون مقدار تأثيره في القيمة .

وليس كل عيب يوجب خيـار العيب ، بل العيب الذي يثبته هو العيب الحادث قبل القبض الذي لا يكون العاقد على علم به ، ولا يثبت رضاه بعد العلم بشرط ألا يكون العاقد صاحب العين المعينة قد شرط البراءة من كل رد بعيب ،

---

(١) هذا هو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي . وقال ابن حنبل ان من له الخيار مخـير بين أمور ثلاثة اما امضاء العقد ، واما فسخه واما الرجوع على العاقد الآخر بأرش العيب ، وهو ما أثبته من نقصان . واحتج له بأنه عيب ظهر ، والسلامة كانت مقدرة ، فكان له التعويض عما أوجده من نقص ؛ ولأنه فات بسبب العيب جزء من المبيع لأن العيب نقص المالية ، ونقص جزء منها نقص جزء من المبيع فكان له المطالبة به ، كما لو اشترى عشرة أرادب قمح فبانت تسعة (الشرح الكبير الجزء الرابع ص ٨٧) .

فاذا توافرت هذه الشروط فى العيب ثبت الخيار ، لأنه بثبوتهـا يتبين أن الرضا كان أساسه السلامة ، ولم يكن ثمة دليل على قبول المعقود عليه مع العيب ، فاذا ظهر العيب يختل الرضا ، وأما إذا لم تتم هذه الشروط ، فقد ثبت أن العاقد رضى بالعيب ، فاذا كان العيب معلوما للعاقد وقت العقد فقد عقد على أساس وجوده ، وكان به راضيا ، وكذلك إذا رضى به بعد العلم ؛ لأنه إذا رضى بعد العلم فقد أسقط الخيار بعد ثبوته ، والساقط لا يعود . وإذا كان مالك العين قد اشترط فى صلب العقد أن يكون بريئا من كل رد بعيب فمعنى ذلك أن السلامة لم تكن أساسا للرضا ، إذ أبعد فرضها صراحة ، فبظهور العيب لا يحدث خلل فى الرضا ، فيكون العقد باتا لازما ، ولا حاجة إلى التخيير من جديد .

§ ٢٥٣ — وخيار العيب يثبت للعاقد الذى دخلت فى ملـكه العين المعيبة التخيير بين أمرين (١) اما إمضاء البيع ، واما فسخ العقد ، واسترداد العوض الذى دفعه ، وهذا اذا كان الفسخ ممكنا . أما اذا امتنع الفسخ ، كأن يكون قد زاد فى العين ، أو نقص منها ، وكان السبب فى الامتناع قد حدث قبل العلم بالعيب ، فنى هذه الحال لا يكون لمن له الخيار الفسخ ، ولـكن يكون له الرد بما أوجده العيب من نقصان فى الثمن[١] ، وذلك بأن تقدر قيمة الشىء معيبا ، وقيمته سليما ، وينقص الثمن بمقدار يعادل نسبة ما نقصه العيب من القيمة ، فاذا كانت قيمة العين سليمة عشرين ، وقيمتها معيبة خمسة عشر ، وكان الثمن ثمانية عشر ، ففى هـذا الحال يعتبر العيب قد نقص القيمة بمقدار ربعها إذ خمسة عشر هى ثلاثة أرباع العشرين ، فينقص من الثمن ربعه ، كذلك فيكون الواجب ثلاثة عشر ونصف .

ووجه تخييره بين الفسخ والامضاء فقط فى حال عدم امتناع الفسخ أن التضرر يمكن ازالته بالفسخ فيثبت ؛ اذ لو ألزمناه بالعين مع عيبها لـكان فى ذلك ضرر به ، ولا يصح أن يمسكه ويأخذ بدل النقصان ؛ لأنه لا حاجة تضطرنا الى ذلك ؛ اذ

---

(١) ويرى مالك فى حال النقص أنه يرد العين ، ويفسخ العقد مع تعويض العاقد الآخر عما أوجده هو من نقصان ، وذلك لأن رد البدل يعتبر ردا للمبدل منه ، فيرد العين زائدا ما سببه من النقص الذى أحدثه .

رفع الظلم ممكن بالفسخ ، فلا يلجأ الى تعويض النقصان بسبب العيب الذى كان ثابتا قبل القبض ؛ وذلك لأن النقصان بسبب العيب وصف من الأوصاف لايقابله جزء من الثمن ، لأن الأوصاف لا يقسم الثمن عليها ، فلا يعوض عنها الا عند تعذر رفع الظلم بغير تعويضها ، وقد أمكن رفع الظلم بغيرها فى حال عدم الفسخ ، ولأن الخيار سببه وجود خلل فى الرضا بعدم وجود السلامة التى كانت مقدرة عند انشاء العقد ، والنتيجة المنطقية لهذا أن يعاد تخيير العاقد من جديد لمعرفة أهو راض بالعقد بعد العلم بالبيع أم غير راض فيفسخ ، وهذا بالبداهة لا يثبت الا تخييرا بين أمرين لا ثالث لهما ، وهما الامضاء أو الفسخ ، فاذا رضى لزم العقد ، وإذا لم يرض فسخ ولا وسط بينهما .

أما فى حال امتناع الفسخ بزيادة لازمة أو نقصان ، ففى هذه الحال لا يمكن رفع الظلم الا بأن يعود من له الخيار بما أوجده العيب من نقصان فى القيمة فيلجأ اليه لأنه الطريق الوحيد لرفع الظلم . ولكن فى حال ما اذا كان امتناع الفسخ لنقصان حدث فى يد العاقدالذى يثبت له الخيار ، يكون للعاقد الثانى أن يختار أخذ العين ورد عوضها ، وذلك لأن منع الفسخ فى هذه الحال لرفع الظلم عنه ، بأخذه العين وقد تعيبت بعيب جديد ، فاذا قبلها هو كذلك فما لأحد عليه من سبيل ، ويكون من له الخيار ليس له إلا الفسخ أو الامضاء .

٢٥٤ — وامتناع الرد الذى يثبت معه حق الرجوع بتعويض عن النقصان بسبب العيب يكون بأسباب هى : (١) النقص الذى يحدث فى يد من له الخيار بغير فعله ، (٢) والتغيير الذى يحدث بفعله كثوب يقطعه قبل العلم بالعيب أما الذى يحدثه بعد العلم بالعيب ، فهو دليل على الرضا ، ويصير امضاء للعقد واسقاطا للخيار ، (٣) والزيادة المتصلة كالسمن فى الدواب ، والزيادة المنفصلة المتولدة كنتاج الدابة ، فان هذه أيضا تثبت له الرجوع بالنقصان اذ تمنع الرد ، (٤) وكذلك كل

زيادة يحدثها بفعله ولا تقبل الانفصال كصبغ الثوب وخياطتـه اذا أحدثها قبل العلم بالعيب ، فانه فى هذه الأحوال كلها لايعتبر راضيا بالعقد ، وابقاؤه ظلم له،فكان له الرجوع بما أوجبه العيب من نقصان فى الثمن على ما بينا ، ولا يمكن الرد للتغيير الذى حدث ؛ إذ فى الرد مع النقص الحادث فى يد من له الخيار ظلم للعاقد الآخر ، وكذلك اذا أحدث تغييرا ، واذا حدثت زيادة بفعل من له الخيار يكون فى الفسخ ظلم له ، فلا يقدم عليه ، و بما أننا سلبناه الخيار من غير جناية جناها أو اسقاط له ، فلا بد من تعويضه عن نقص العيب . والزيادة المنفصلة المتولدة ، كدابة تلد تمنع الفسخ أيضا ، وذلك لأن ردها مع الزيادة رد لما هو غير معقود عليه ؛ لأن المعقود عليه هو الدابة وحدها ، فلا وجه لرد ولادتها معها ، كما لا يمكن رد الدابة منفردة، لأن الفسخ ينسحب الى وقت العقد، فلا وجه لامتلاك من له الخيار لهذه الولادة، إذ سبب الملك قد بطل ، ولذلك امتنع الفسخ .

§ ٢٥٥ — والفسخ يستمر حقا لمن له الخيار إلا اذا امتنع الفسخ للأسباب السابقة أو حصل الرضا ، وفى حال امتناع الفسخ يكون لمن له الخيار حق الرجوع بنقصان العيب كما بينا ، وفى حال الرضا يسقط الخيار ، ولا يرجع بشىء . والرضا المعتبر هو الرضا بالعقد بعد العلم بالعيب ، وقد يكون صراحة ، وقد يكون بالدلالة لا بصريح العبارة ، والصريح مثل أمضيت العقد ، أو رضيت به ، أو أوجبته ، أو ألزمت نفسى به ، والرضا دلالة أن يكون من صاحب الخيار بعد العلم بالعيب تصرف يدل على الرضا بالعقد ، كأن يكون المعقود عليه ثوبا ، فيصبغه ، أو أرضا فيبنى عليها ، أو حنطة فيطحنها ، أو يبيعه ، أو يهبه هبة صحيحة ، ونحو ذلك من التصرفات التى تدل على اقرار البيع والرضا ، ومنها استعماله بعد العلم بالعيب كأن يكون دابة فيركبها وهكذا .

الفسخ بالخيارات وحاجته الى القضاء

٢٥٦ — اتفق الفقهاء على أن الفسخ بخيار الشرط والرؤية والتعيين على

قول من يثبت خيار التعيين — يتم من غير حاجة الى قضاء القاضى أو رضا العاقد الآخر ، أما خيار العيب فقد اتفقوا أيضاً على أنه إذا حصل الفسخ قبل القبض لا يحتاج الى قضاء ؛ لأنه ليس إلا امتناعا عن التسلم ، والمعقود عليـه معيب ، وذلك حقه بلا ريب ، ولأن الصفقة قبل القبض ليست بتامة من كل الوجوه ؛ لأنها على خطر البطلان بهلاك المبيع قبل القبض ، وذلك يبطل العقد ، واذا كانت الصفقة لم تتم قبل القبض على هذا التخريج ، فالفسخ بالعيب قبله لا يحتاج الى القضاء .

أما الفسخ بخيار العيب بعد القبض فقد اختلف فيه الفقهاء ، فأبو حنيفة وأصحابه يرون أنه يحتاج إلى القضاء ، والشافعى وأحمـــد بن حنبل يريان أنه لا يحتاج اليه ، وحجتهما أن الفسخ رفع لعقد مستحق للرفع فلا يحتاج إلى القضاء ، لأن الشارع جعله غير مستحق للبقاء ان أراد من له الخيار ، ولأنه باثبات الخيار فيه يصير العقد غير لازم ، والعقد غير اللازم ينفرد أحد العاقدين بفسخه من غير حاجة إلى قضاء .

واحتج أبو حنيفة بأن العقد قد تم بالقبض ، وثبتت كل أحكامه ، ومتى صار العقد على هذه الحال لا يرفع إلا بأحد أمرين بقضاء يرفعه ، أو باقالة يتراضيان عليها ، ولا اقالة هنا ولا تراضى ، فلم يبق إلا حكم القضاء بالفسخ تنفيذا لأحكام الشرع ، وأيضا فان ثبوت العيب وتحقق كونه عيبا ، ثم تحقق كونه حدث قبل القبض ، وعدم حصول رضا من العاقد ، كل هذه مسائل يجرى التشاح بين الناس فيهـا ، ويختلف الأنظار حولهـا ، ولا رافع للنزاع والخـلاف إلا القضاء فاحتاجت اليه .

وعلى ذلك يكون الفرق الذى كان سببا فى اختلاف حكم الفسخ بخيار الشرط والرؤية عن خيار العيب يقوم على أمرين (أحدهما) أن خيار الشرط والرؤية لا تتم معهما الصفقة فلا تحتاج فى الفسخ إلى القضاء ؛ ولا تتم الصفقة مع خيـار الشرط ؛ لأن الأحكام لا تثبت فى حق من له الخيار ، ولا تتم الصفقة مع خيار

الرؤية ؛ لأن عدم الرؤية يجعل الصفقة غير تامة ، أما خيار العيب فالصفقة تتم معه ما دام العلم بالعيب كان بعد القبض . (ثانيهما) أن خيار الشرط والرؤية لا تجرى المشاحة والخلاف فى سببهما غالبا ؛ لأنه معلوم معين ، أما خيار العيب فسببه ، وهو العيب موضع نظر أهل الخبرة ، ويجرى فيه التشاح والتنازع غالباً ، فاحتاج الفسخ فيه الى القضاء ، ومن الخير أن ينظر القضاء فى أول أدوار الخلاف ، بدل أن ينظر بعد تفاقه .

وراثة الخيار

§ ٢٥٧ — قال الشافعى أن كل الخيارات تورث فان مات من له حق الخيار لا يصير العقد باتا لازما ، بل ينتقل الحق الى ورثته . وقال أبو حنيفة وأصحابه : ان خيار العيب والتعيين يورثان ، وخيار الشرط والرؤية لا يورثان ، فاذا مات من له خيار شرط أو رؤية يصير العقد باتا لازما .

احتج الشافعى لرأيه بأن الورثة خلفاء الميت فى كل ما تركه من حقوق وأموال ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقاً فلورثته ، والاختيار حق للميت متعلق بمال من أمواله فيثبت للورثة ؛ لأن الارث صفة للوارث تجعل الحق ينتقل اليه ، ثم هو حق متعلق بالأموال فينتقل تابعا لها ، وأيضا فان خيار الشرط والرؤية يتشابهان مع خيار العيب ، لأنها جميعاً علة للفسخ وخيار العيب يورث ، فخيار الشرط والرؤية يورثان أيضاً .

واحتج الحنفية بأن خيار الرؤية والشرط ليسا فى معناهما الا رضا العاقد أو عدم رضاه ،والرضا مشيئة وارادة ، وهما لا تورثان ، لأنهما حالان خاصتان بنفس المورث تذهبان معه بموته ، ثم انه ان ثبت الخيار فى الشرط والرؤية للوارث فبأى وصف يثبتان له ؟ لا جائز أن يثبتا له ابتداء ؛ لأنهما يثبتان للعاقد ، وليس هو العاقد ، ولا يثبتان بالخلافة ؛ لأنهما ارادة العقد أو عدم ارادته ، وذلك لا يقبل الخلافة كما بينا .

أما خيار العيب والتعيين فليسا ارادة ومشيئة فقط ، بل هما حقان متعلقان

بالعين ؛ لأن خيار العيب معناه حق سلامة العين ، وخيار التعيين معناه حق تعيين الشيء المملوك من شيئين أو ثلاثة ، ولما كانت العين تنتقل الى الورثة . فلا بد أن ينتقل معها ما هو لازم لها ، فهم ورثوا من مورثهم عيناً سليمة ، وعيناً قابلة للتعيين من بين اثنين أو ثلاثة ، لذلك ورثوا خيار التعيين والعيب .

وفى الحق إن الخلاف بين الحنفية والشافعية فى مسألة الخيارات قائم على الخلاف بينهم فى وراثة الحقوق ، فالشافعى يورث كل الحقوق سواء أكانت مشيئة وارادة كخيار الشرط ، وحق الشفعة ونحو ذلك ، والحنفية لا يورثون إلا الحقوق المالية ، ولذا لم يورثوا خيار الشرط ولا الشفعة ، وقد ذكرنا ذلك فى الأموال فارجع اليه .

عيوب العقد

§ ٢٥٨ — نقصد بعيوب العقد الأمور التى تحيط بانشاء العقد ، فتؤثر فى الرضا بأن تعدمه ، أو تجعله على أساس غير صحيح من العلم ، فكل ما يحيط بانشاء العقد ، ويؤثر فى الارادة ، فيعدم الرضا ، أو يجعل تكوين الرغبة تحت تأثير جهل بحال الشيء ، أو تغرير فيه فهو عيب من عيوب العقد يؤثر فيه ، فيكون لمن حصل فى جانبه ما أعدم رضاه ، أو جعله تحت تأثير خطأ أو تغرير — الحق فى فسخ العقد . وتلك العيوب التى تؤثر فى الارادة ذلك التأثير أنواع كثيرة مختلفة ، مرجعها الى ثلاثة : الاكراه ، والخطأ ، والغبن مع التغرير .

الاكراه

§٢٥٩ — الاكراه معناه فى اللغة ايقاع الكره ، فمعنى أكرهت فلانا أثبت ما يكرهه ؛ وأوقعته فيه وحملته عليه . وهذا المعنى اللغوى هو الأصل للمعنى الشرعى؛ لأن معناه فى الشريعة دعوة الانسان غيره الى فعل من الأفعال أو قول من الأقوال

بالايعاد والتهديد ، وانزال الأذى الشديد ان لم يجب داعيه ، ولا يتحقق الاكراه الا اذا كان المكره قادرا على تنفيذ ما هـدد به ؛ وأن يغلب على ظن المكرَه تنفيذه ما هدد به ، فاذا لم يتحقق أحد هذين الأمرين لم يتحقق الاكراه ؛ لأنه ان كان المكره غير قادر على ايقاع وعيده ، فكلامه لغو لا يلتفت اليه ، وليس من شأنه أن يحمل شخصا على أن يفعل مالا يريد ، فلا ضرورة تلجئه للعمل ان عمل فاذا عمل مع ذلك كان راغبا لا راهبا . وان لم يقع فى نفس المكره تنفيذ المهدد لوعيده كان فعله برغبته أيضا ، فيكون الرضا متحققا .

٢٦٠ — ولقد قال أبو حنيفة : ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان . وقال الصاحبان ان الاكراه يتحقق من السلطان وغيره ، وذلك لأن الاكراه ليس الا ايعادا بانزال المكروه والأذى الشديد ان لم يفعل ، وذلك يتحقق من كل قوى جبار مسلط . ووجهة أبى حنيفة أن غير السلطان لا يستطيع ايقاع ما هدد به ؛ لأن المكره يستطيع أن يستغيث ، فيدركه الغوث ان لم يكن المهدد سلطانا ، لأن الناس يغيثون من يؤذيه غير السلطان ، والسلطان يغيثه ، وأما من يؤذيه السلطان ، فلا غوث له ، ولا يُصرِخه أحد .

ولقد جاء فى البدائع « قيل انه لا خلاف بينهم فى المعنى ، انما هو خلاف زمان ، ففى زمن أبى حنيفة رضى الله عنه لم يكن لغير السلطان قدرة على الاكراه ، ثم تغيرت الحال فى زمانهما ، فغير الفتوى على حسب الحال ، والله سبحانه وتعالى أعلم » .

§ ٢٦١ — والاكراه قسمان اكراه ملجىء ، واكراه غـير ملجىء ، فالاكراه الملجىء ما يكون التهديد فيه بقتل النفس أو اتلاف عضو من الأعضاء ، أو ضرب مبرح شديد يخاف منه تلف النفس ، أو العضو (١) أو اتلاف المال

(١) لم يذكروا حدا لعدد الضرب الذى يخشى منه تلف النفس أو العضو وبعضهم قدره بعدد ضربات الحد ، وانه غير سديد ؛ لأن المعول عليـه تحقق الضرر الملجىء ، فان تحقق فلا معنى لتعيين العدد (البدائع ٧ — ١٧٥) .

جميعه ، فاذا كان التهديد بشىء من هذا فالاكراه ملجىء ، اذ يكون المكره كآلة فى يد المكره ، وان كان التهديد بما دون هذا كاتلاف بعض المال أو ضرب لا يؤدى الى تلف النفس أو العضو فالاكراه غير ملجىء ، فكل ما يكون تهديداً بأذى ينال النفس غير ما ذكر فى القسم السابق يعد من القسم الثانى ، و إن كان الأذى يسيرا لا يبالى بمثله عادة فلا يعتبر التصرف أو الفعل تحت تأثير اكراه مطلقا ، وحدود الأذى الذى لا يبالى به عادة ، والأذى الذى يكون التهديد به اكراها لا يمكن ضبطها ، ولا وضع رسوم واضحة لها ، والأولى تركها لتقدير القضاء . ولذا جاء فى الزيلعى فى هذا المقام ما نصه : « ليس فى ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص ؛ لأن نصب المقادير بالرأى ممتنع ، بل ذلك مفوض الى رأى الامام ؛ لأنه يختلف باختلاف أحوال الناس ، فمنهم من لا يتضرر الا بضرب شديد ، وحبس مديد ، ومنهم من يتضرر بأدنى شىء كالشرفاء والرؤساء يتضرر بضربة سوط أو عركة اذن ، ولا سيما فى ملأ من الناس أو بحضرة السلطان ، فيثبت فى حقه الاكراه بمثله ؛ لأن فيه هوانا وذلا أعظم من الألم » .

§ ٢٦٢ — والاكراه بقسميه يعدم الرضا ؛ لأن الرضا رغبة النفس فى الفعل أو التصرف الشرعى ، وليس مع الاكراه رغبة . أما التفرقة بين القسمين، فهى فى الاختيار ، فغير الملجىء لا يمسه عند الحنفية ، لأن الاختيار عندهم هو القصد الى الفعل ، وذلك متحقق فى غير الملجىء ، أما الملجىء فهو يمس الاختيار ، ولا يعدمه ؛ لأن القصد موجود ولكن يفسده . وهما من حيث التصرفات القولية لا فرق بينهما ، وأما من حيث الأفعال فبينهما فرق ليس هذا موضعه ، فليرجع اليه(١) فى أمهات كتب الفقه .

(١) خلاصته أن الاكراه غير الملجىء ليس له أثر فى اسقاط أحكام الأفعال . أما الملجىء فله أثر ؛ لأنه يسقط أحكام بعض الأفعال . والأفعال بالنسبة له تنقسم الى أربعة أقسام ، وذلك بحسب قوة تحريم الشارع لها ، واحتماله السقوط وعدم احتماله (القسم الأول) أفعال منعها الشارع ، ولكن جعل المنع قابلا للسقوط ، وهذه يسقط تحريمها عند الاكراه الملجىء ، كشرب الخمر ، وأكل الخنزير ، فانها محرمة تحريما يقبل السقوط عند الاضطرار ، فيسقط بالاكراه =

وانما الذى يهمنا هو الأقوال ، ويهمنا على التحقيق التصرفات الانشائية منها ، وهذه التصرفات بالنسبة للاكراه قسمان بيناهما فى الكلام فى الرضا : القسم الأول تصرفات ليس الرضا بشرط لانشائها ، وهى النكاح والعتاق والطلاق والايمان ، فان هذه تصرفات لا يشترط الرضا لانشائها عند الحنفية على نحو مابينا ، والقسم الثانى تصرفات يشترط الرضا لصحتها ، وهى سائر التصرفات غير ما ذكر .

فأما القسم الأول ، فقد علمت أنه موضع خلاف بين الحنفية وغيرهم ، وهو يقوم على وجود الاختيار وعدم وجوده ، فالشافعى يرى أن الاختيار لا يوجد من غير رضا ؛ إذ الرضا والاختيار متلازمان ، فما لم يتحقق الرضا لا يتحقق الاختيار . وعلى ذلك لا يتحقق القصد إلى العقد عند فقد الرضا ، فاذا كان ثمة اكراه لا يتحقق اختيار ولا قصد لانشاء العقد ، فالألفاظ تفقد معناها ، فلا ينعقد العقد بها ؛ لأن المكره ما قصد الى انشاء عقد ، بل قصد الى انقاذ نفسه ، وذلك معنى ثابت فى التصرفات كلها ، سواء أكانت نكاحا أم غيره . أما الحنفية فيرون أن الاختيار قد وجد مع الاكراه ، لأن الاختيار لايستلزم الرضا ، وإذا وجد القصد الى العقد والألفاظ الدالة عليه ، فقد وجد العقد ، والنكاح وأخواته تصرفات

= (القسم الثانى) أفعال الشارع حرمها حرمة لا تقبل السقوط كالقتل والزنى ، لأن القتل لا يحل لضرورة ما ، فلا يحل بالاكراه ؛ لأنه لا يصح أن يجعل اتلاف نفس غيره طريقا لصيانة نفسه ، والزنا مثل القتل فى ذلك . وللفقهاء اختلاف طويل فى وجوب القصاص والحد فليرجع اليه (القسم الثالث) منع لا يحتمل السقوط ، ولكن الشارع رخص فيه باسقاط المؤاخذة عند الاكراه الملجىء ، وذلك هو النطق بكلمة الكفر ، فهو حرام حرمة لا تقبل السقوط ، ولكن رخص الشارع فى النطق ، ولذا إذا امتنع المكره عن النطق بها أثيب ، بخلاف القسم الأول ، فانه اذا امتنع عند الالجاء يكون عاصيا ، واذا نطق هنا مضطرا لم يؤاخذه الله (القسم الرابع) منع يحتمل السقوط ، ولكن فى حال عدم السقوط تجرى فيه الرخصة ، وذلك مثل حقوق العباد الخالصة ، غير القصاص ، فهى تقبل السقوط باسقاط صاحبها ، وتجرى فيها الرخصة عند عدم السقوط ، فمن أكره على اتلاف مال الغير يرخص له فى الاتلاف ، والارش على المكره المهدد ، لأن الفاعل كالآلة فى يده ، والدليل على أن المنع مرخص فيه عند الضرورة أن من كان فى مخمصة شديدة يباح له الأكل من مال غيره ، وله أن يقاتله عليه بغير سلاح على ما بينا فى الحقوق (كشف الأسرار ٤ — ١٥٠٧) .

لا تنفصل أحكامها عن أسبابها وهى الصيغ ، فبمجرد وجودها تثبت أحكامها كاملة ، وانما الرضا موضع تأثيره انما هو فى ثبوت الأحكام لا فى وجود العقد ، فلما كانت الأحكام توجد فور وجود العقد فى النكاح وأخواته لم يكن للرضا تأثير فى أحكامه ؛ فصحت مع فقد الرضا .

هذا هو فقه الخلاف فى انعقاد النكاح وأخواته مع الاكراه وصحته عند الحنفية وعدم صحته مع الاكراه عند الشافعى .

٢٦٣ — والفقهاء يسوقون أدلة للشافعى فى هـذا ، وأدلة للحنفية فلنذكرها : وقد استدل للشافعى رضى الله عنه أولا بقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليـه » فلزم أن يكون حكم كل ما أكرهوا عليه عفوا ، بمعنى أن يكون ساقطا لا يؤاخذون به ، فتسقط أحكام كل التصرفات الشرعية التى تكون مع الاكراه ، سواء أكانت نكاحا أم غيره ، واذا لم تكن لها أحكام مع الاكراه فهى غير منعقدة . (وثانيا) بمـا بيناه من أن المتصرف مع الاكراه لا يقصد بالتصرف ما وضع له ، وانمـا يقصد دفع الأذى عن نفسه ، فلم يوجد القصد ولا الاختيار ؛ لأن الاختيار لا يتحقق من غير رضا عنده .

واستدل للحنفية بعموم النصوص المثبتة لهذه العقود ، وهى تشمل ما يكون منها مع الاكراه ، وما لا يكون معه اكراه ، و بأن التصرفات القولية تنعقد بالقصد ، وتتأخر الأحكام عند عدم وجود الرضا ، كالعقود مع خيار الشرط ، والنكاح وأخواته لا تقبل انفصال الأحكام وتأخيرها عن الصيغ ، بل توجد الأحكام فور الصيغة كما بينا ، فلا حاجة فيها الى الرضا [1] .

---

(١) واذا وقع الطلاق مع الاكراه ان كان قبل الدخول رجع على من أكرهه (اذا كان الاكراه ملجئا) — بنصف المهر ، لأن نصف المهر كان بالطلاق ، وهو كان كالآلة فى يده فيه ، فالطلاق منسوب اليه بالنسبة لاتلاف هذا المـال ، فيرجع عليه به . واذا انعقد النـكاح مع الاكراه ، وكان بمهر المثل أو أقل لزم المهر المسمى ، واذا كان المسمى أكثر من مهر المثل لم تصح الزيادة ، لأن التسمية لا تصح مع الاكراه ، اذ تسمية المهر تعتبر تصرفا ماليا ، فلا بد من الرضا فيها ، فلا تثبت الزيادة ، وثبت مهر المثل ، وكأن العقد لم يسم فيه شىء . هذا اذا كان المـكره هو الزوج ، أما اذا كان المـكره هو الزوجة ، فالمهر لازم اذا كان المسمى مهر =

§ ٢٦٤ — هذه أحكام التصرفات التى لاتقبل النقض ، أما التصرفات الأخرى مثل البيع والاجارة والشراء ، فقد اتفق الفقهاء على أنها لا تكون صحيحة نافذة مع الاكراه ، ولكن اختلفوا بعد ذلك على ثلاثة أقوال (أولها) قول الشافعى و بعض الفقهاء أن العقد يكون فاسدا أو باطلا ، ولا يقبل الاجازة بعد زوال الاكراه ؛ لأن العقد لم يصح مع الاكراه ، واذا لم يصح فهو لم ينعقد ، وأساس هذا القول أنه لا فرق عند أصحابه بين الفاسد والباطل . (ثانيها) قول أبى حنيفة وصاحبيه أنه يكون فاسدا ، ولكن اذا حصل الرضا بعد زوال الاكراه يصير صحيحا . (ثالثها) قول زفر ، وهو أن العقد مع الاكراه يكون موقوفا على اجازة العاقد المكره بعد زوال الاكراه ، وثمرة الخلاف بين زفر وبين الامام وصاحبيه تظهر فى صور ، منها اذا باع شخص عينا تحت تأثير الاكراه ، فقبضها المشترى ، أتكون فى ملكه أم لا تدخل فى ملكه ؟ قال زفر لا تدخل ، لأن العقد الموقوف لا يثبت أحكاما قط قبل الاجازة ، وقال أبوحنيفة وصاحباه يملكه ، لأن البيع الفاسد يثبت به الملك اذا حصل معه قبض .

وحجة الأصحاب الثلاثة أن عقود المبادلات المالية اذا حصلت مع الاكراه كانت حاصلة مع النهى عنها لقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » والنهى هنا لوصف زائد عن ركن العقد ، واذا كان النهى واقعا على وصف للعقد ، فالعقد معه فاسد . وركن العقد قائم لا خلل فيه ، لأن العقد صدر عن أهله مضافا الى محل قابل لحكمه ، فانعقد ، غير أن الذى أوجد الخلل فأفسد العقد هو عدم الرضا ، والرضا أمر يتعلق بالعاقد المكره ، فاذا ثبت الرضا بعد زوال الاكراه ، فقد زال سبب النهى ، فسلم العقد من الخلل ، و بذا يصير صحيحا .

= المثل أو أكثر . وان كان أقل من مهر المثل لايطالب بمهر المثل قبل الدخول ، ولها طلب التفرقة لنقصان المهر اذا زال الاكراه ، ويسقط حق طلب التفرقة بالرضا صراحة أو دلالة ، واذا دخل بها بالاكراه وجب تكميل مهر المثل ، ويستحق بالدخول (البدائع السابع ص ١٨٥) .

وحجة زفر أن العقد مع الاكراه لو كان فاسدا ما ارتفع الفساد بالاجازة ، لأن الفاسد لا تجعله الاجازة صحيحا ، انما الذى تلحقه الاجازة هو الموقوف ، فكان كعقد الفضولى .

الغلط

§ ٢٦٥ — الغلط معناه هنا أن يذكر محل العقد المعين موصوفا بوصف ، ثم يتبين أن هذا الوصف غير متحقق فيه [1] كمن يشترى داراً على أنها مبنية بالآجر ، فتبين أنها مبنية باللبن ، وكمن يشترى ثوبا على أنه حرير فيتبين أنه غير حرير ، أو على أنه حرير طبيعى ، فيتبين أنه حرير صناعى ، ففى كل هذا يحصل خطأ فى المعقود عليه ، ولا شك أن الغلط على هذا الشكل يؤثر فى الرضا ، لأن الرضا مقدر بحال ، ومفروض وجوده لفرض وجودها ، فان تخالفت الحقيقة الواقعة عن الحال المقدرة التى كان الرضا منصبا عليها ، فالرضا بالواقع المستقر لم يثبت إذاً ، فاذا كان العقد مما يشترط لصحته الرضا ، فقد حصل الخلل فيه ، بل ان الغلط لا يقتصر تأثيره فى الرضا ، بل قد يترتب على الغلط الحكم بعدم وجود المعقود عليه ، فيبطل العقد ؛ لأن المعقود عليه معدوم ، كمن اشترى حلية على أنها من الماس ، فيتبين أنها من الزجاج ، فهذا الخطأ يترتب عليه أن عقد البيع وقع باطلا ، لأن محل العقد ، وهو حلية الماس غير موجود ، بل معدوم فيكون العقد باطلا .

§ ٢٦٦ — وعلى ذلك نقول إن الغلط فى العقد قسمان : (١) غلط يترتب عليه بطلان العقد (٢) وغلط لا يترتب عليه البطلان ، بل يترتب عليه أن يكون العقد غير لازم بالنسبة لمن وقع الغلط فى جانبه ؛ فيكون له الحق فى فسخ العقد .

---

(١) يذكر الخطأ فى تكوين العقد فى القانون بمعنى أوسع من هذا فيشمل خطأ أحد العاقدين فيما يتعلق بالعاقد الآخر ، كأن يكون فاهما أنه مالك ، فيتبين أنه فضولى . أو يفهم أنه كامل الأهلية فيتبين أنه ناقصها ونحو ذلك . أما فى الشريعة فأحكام تلك المسائل تذكر فى مواضعها من النيابة ، ولا يتكلمون فى الغلط الا اذا كان فى محل العقد .

فأما القسم الأول ، فيكون إذا كان المذكور عند إنشاء العقد جنسا ، يختلف عن جنس المعين المشار اليه عند العقد كالماس والزجاج ؛ فان الماس جنس يخالف الزجاج ، أو إذا كانا من جنس واحد ، ولكن يختلف الانتفاع بالموصوف عن المعين المحسوس اختلافا بينا كالدار المبنية بالآجر والدار المبنيـة باللبن ، فانهما من جنس واحد ، ولكن يتفاوت الانتفاع فيهما تفاوتا بينا . فاذا تخالف المذكور عن المشار اليه المعين ذلك التخالف ، فالعبرة فى العقد بالمذكور الموصوف ، فهو المعقود عليه . والتعيين بالاشارة لا يلتفت اليه ، بل يعتبر ملغى ، واذا كانت العبرة بالمذكور بالاسم ، وهو غـير موجود ، بل معدوم وقت العقد ، فيكون العقد قد ولد باطلا ، فلا يلحقه رضا بعد ذلك (١) .

أما القسم الثـانى فيكون إذا كان المـذكور فى العقد لم يختلف عن المعين المشار اليه بالحس فى الجنس ، ولم يختلف الانتفاع فيهما اختلافا بين التفاوت ، كمن يشترى حيوانا على انه ذكر ، فتبين أنه أنثى أو العكس ، فى هذه الحال لا يكون العقد باطلا ، بل يكون صحيحا ، ولكن من حصل الغلط فى جانبه يكون له الحق فى فسخ العقد ؛ لفوات وصف مرغوب فيه ؛ اذ لم يتم العقد بهذا الوصف الذى تبين ان المعقود عليه موصوف به ، وقد تخلف المذكور عند انشاء العقد ، فلا بد لتمام الالتزام من رضا جديد بالحـال التى ظهرت وتبينت ، وذلك باعطاء العاقد الذى كان الغلط فى جانبه حق الفسخ .

هذا وإن حكم الغلط فى القسم الأول يسرى فى العقود كلها وأما القسم الثانى فتسرى أحكامه فى العقود التى يشترط لها الرضا .

---

(١) ذكر الزيلعى خلافا فى كون العقد مع هـذا النوع من الغلط يكون باطلا أو فاسدا فقال فى هذا الغلط فى البيع : « يقع البيع باطلا عند بعض المشايخ ، لأنه معدوم ، وبيع المعدوم لا يجوز الا فى السلم . وقال بعضهم انه فاسـد ، وهو اختيار الـكرخى ، لأنه باع المسمى وأشار الى غيره ، فصار كأنه باع شيئا بشرط أن يسلم غيره ، وذلك فاسد .

الغبن والتغرير

§ ٢٦٧ — الغبن هو النقص ، والمراد به أن يكون أحد العوضين مقابلا بأقل مما يساويه فى الأسواق ، كمن يبيع دارا بخمسمائة ، وقيمتها ستمائة أو يشتريها شخص بسبعمائة وقيمتها ما ذكرنا ، أو يستأجر دار بعشرة جنيهات فى الشهر وأجرة مثلها ثمانية .

أما التغرير فهو أن يجعل العاقد فى حال يعتقد معها أنه أخذ الشيء بقيمته والحقيقة غير ذلك ، كأن يجيء دلال فيبين للعاقد أن قيمة المعقود عليه تعادل كذا من الجنيهات ، فيدخل فى عقد المعاوضة تحت تأثير ذلك البيان الكاذب . والتغرير لا أثر له فى العقود إلا إذا ترتب عليه غبن ، فيقوى حكم الغبن ، فليس له اذن أثر فى الرضا إلا إذا ترتب عليه غبن .

والغبن قسمان : غبن يسير ، وغبن فاحش ، والحد الفاصل بينهما أن الغبن اليسير ما يدخل فى تقويم المقومين أى تقدير أهل الخبرة فى المعقود عليه ، والفاحش ما لا يدخل فى تقويم المقومين ؛ فاذا باع شخص عقارا بألف ، وقدره بعضهم بثمانمائة ،و بعضهم بتسعمائة ،و بعضهم بألف فالغبن يسير ، و إذا قدره الجميع بما دون الألف فالغبن فاحش ، بالنسبة للمشترى ، و إذا قدره الجميع بما فوق الألف ، ولم يقدره أحد قط بألف أو دونها فالغبن فاحش بالنسبة للبائع . وهذا الفاصل قد ارتضاه كثيرون من الفقهاء ؛ لأن ما يدخل تحت تقويم المقومين ليس النقص فيه متحققا ، فكان احتماليا ، ولذا كان يسيرا ، و إن لم يدخل تحت تقويم المقومين يكون النقص متحققا ، فيعتبر فاحشا . ولقد قدر الغبن اليسير بتقديرات منسوبة الى قيم الأشياء،فيروى أن محمد رضى الله عنه قدر الغبن اليسير بما لم يزد عن نصف عشر القيمة ، والفاحش ما زاد عنه ، ولكن قال الجصاص فى هذا « انه لم يخرج مخرج التقدير فى الأشياء كلها ؛ لأن ذلك يختلف باختلاف السلع ومنها مايعد أقل من ذلك غبنا فيه ، ومنها مايعد أكثر من ذلك غبنا فيه .

وقد قدر نصر بن يحيى اليسير فى العروض بما لا يزيد عن نصف العشر

(٥ ٪) وفى الحيوان بما لا يزيد عن العشر (١٠ ٪) ، وفى العقار بما لا يزيد عن الخمس (٢٠ ٪) [١] وفى كل ماله سعر معين بما لا يزيد عنه أو ينقص . وأساس اختلاف التقدير فى هذه الأجناس هو مقدار التفاوت بين تقديرات المقومين فيها ، فالعقار يختلفون فيه كثيرا ، والحيوان قليلا ، والعروض أقل ، وما له سعر محدود لا يختلفون فيه قط ؛ وعلى هذا نستطيع أن نقول : ان أساس هذا التقدير هو الفاصل الأول ، وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين ، وما لا يدخل .

§٢٦٨ — والغبن اليسير يغتفر فى العقود كلها ؛ لأن كونه غبنا غير متحقق ، والشىء المحتمل الوجود ، ولو على طريق الظن لا يكون سببا فى ابطال أو ايجاد خلل فى أمر محقق الوجود ، وهو العقد ، ولأن الغبن اليسير يقع كثيرا فى العقود ، فكان سهل الاحتمال ، ولا ظلم فيه . وقد استثنى مسائل ، منها بيع التركات المدينة بدين مستغرق فى مرض الموت ، فاذا باع المريض بعض أمواله بغبن ولو يسيرا وتركته مستغرقة بالدين ، ثم مات فى مرضه هذا كان للدائنين أن يفسخوا البيع إلا أن يزيد المشترى بما يدفع الغبن [٢] ؛ وذلك لأن حق الدائنين تعلق بمالية تركة المريض ، ومالية الأشياء تقدر بقيمتها ، فلابد إذن أن تسلم لهم القيمة ، فاذا نقصت ولو بمقدار يتسامح الناس فيه عادة كان من حقهم المطالبة بسد هذا النقص .

أما الغبن الفاحش ، فانه يؤثر فى العقود التى يكون موضوعها أموال الأوقاف أو أموال المحجور عليهم ، أو أموال بيت المال ، لأن التصرف فى هذه الأنواع من الأموال يجب أن يكون فى دائرة المصلحة لها ، والفائدة الراجحة ، وليس من المصلحة فى شىء أن تعقد هذه العقود مع ما فيها من غبن فاحش ؛ ولذا جاء فى الدر المختار « ان بيع الوصى مال اليتيم بغبن فاحش باطل ، وقيل فاسد ، ورجح [٣] ومثله التصرف فى الوقف ومال بيت المال .

---

(١) البدائع الجزء السادس ص ٣٠ . هذا وبعض المذاهب يحد الغبن اليسير بما دون الثلث ؛ لقوله عليه السلام « والثلث كثير » وبعضهم يحده بما دون السدس .

(٢) كتاب المعاملات لأستاذنا الجليل الأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك .

(٣) رسائل ابن عابدين الجزء الثانى ص ٧٤ .

أما فيما عدا المسائل المستثناة ، ومنها ما سبق ، فالغبن الفاحش اختلف فيه على ثلاثة أقوال :

قال بعضهم ان المغبون ليس له حق الفسخ ، و العقد لازم ما لم يمنع اللزوم سبب آخر ، وهـذا الرأى هو المروى فى كتب ظاهر الرأى ، وهو رأى أكثر الأئمة . ووجهته ان عقود المبـادلات وهى التى يجرى فيها الغبن عقود لازمة ، فيجب أن تصان عن الفسخ ما أمكن ، ولو أبيح لكل من يناله غبن فى بيع أن يفسخ لصعب الالزام بها ،ولجرى التشاح والنزاع فى لزومها كثيراً ، ومن جهة أخرى إما أن يكون المغبون قد علم بالغبن وقت العقد أولا ، فان كان عالما بالغبن وقت العقد فقد أقدم على بينة من أمره ، فالرضا بالعقد تام من كل الوجوه ، واما أنه غير عالم بالغبن وقت العقد ، وفى هذه الحال كان يمكنه أن يعلم لو تأنى ولم يتسرع فهو المقصر فى حق النفس ، وعليه أن يذوق مغبة تقصيره ، ويبقى للعقود احترامها وصيانتها عن البطلان [1] .

وقال بعض الفقهاء للمغبون حق الفسخ بسبب هـذا الغبن مطلقا ، وهذا الرأى اختاره بعض الفقهاء ، ووجهته أن المغبون مظلوم ، والظلم يجب رفعه ، ومن جهـة أخرى فمستحيل أن يرضى شخص بأن يظلم ، فلا بد أنه أدخل عليه ،

---

(١) يرى الامام أحمد بن حنبل أن الغبن لايجيز للمغبون الفسخ الا فى ثلاث أحوال : الحال الأولى اذا تلق شخص الركبان فباعهم أو اشترى منهم ، وهم لا يعلمون حال السوق ، فلهم الخيار اذا هبطوا السوق ، وعلموا أنهم قد غبنوا غبنا يخرج عن العادة ؛ لأن ذلك ضرب من الخديعة يمكن استدراكه باثبات الخيار ، والثانية النجش ، وهو أن يزيد فى السلعة شخص لايريد شراءه ليغر المشترى فله الخيار اذا غبن ، لأن الناجش خدع بالباطل ، اذ فى عمله تغرير بالمشترى وخديعة له — ولأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش وقال : الخديعة فى النار ، وروى عن أحمد رضى الله عنه ، أن البيع باطل ؛ لأن النهى يقتضى البطلان عند أحمد (على ما تبين فى بحث الصحيح والفاسد ، والباطل) ، الثالثة عقود المسترسل اذا غبن ، والمسترسل هو الجاهل لقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة . قال أحمد : « المسترسل الذى لايحسن أن يماكس » ، وفى لفظ « الذى لايماكس » فكأنه استرسل الى البائع فأخذ ما أعطا من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه . فشراء هذا الصنف من الناس يجيز له الفسخ اذا غبن غبنا فاحشا (ملخص من الشرح الكبير — جـ ٤ — ٧٧ ، ٧٨ ٧٩) .

وذلك يدل على أن كل غبن فاحش هو ضد الرضا إلا إذا كان من رضى به فى عقله دخل .

وقال بعض الفقهاء ، وهو أعدل الأقوال وأمثلها إن كان الغبن بتغرير من العاقد الآخر أو دلال فللمغبون الحق فى فسخ العقد ، لأن الغبن كان نتيجة تضليل وغش فكان المغبون معذورا ، وكان رضاه على فرض عدم الغبن ، فاذا ظهر الغبن لم يصادفه رضا ، فلا بد من اعطاء المغبون حق الفسخ ، ليثبت رضاه بالعقد من جديد ، و بعد أن تبينت حاله من كل الوجوه . وهذا الرأى اختاره أكثر المفتين ، ولأصحاب الشافعى أقوال تدل على قبوله ، وهو رأى فيه رفق بالناس ، وفيه فوق ذلك عدل ، ومنع لأن يكون الغش مثبتا لحق من الحقوق والحمد لله رب العالمين .

الخطأ والصواب

قد عثرنا على أخطاء مطبعية ، تركنا تصحيحها لفطنة القارىء الكريم ، وهذه أمثلة منها :

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب	صفحة	سطر	الخطأ	الصواب
١٠	١٨	هدى	هديا	١٣٢	١٢	من	في
[redacted]			الجن	١٥٠	٨	خاص	خاصا
١٣	٢٤	كان	كانوا	١٥٠	١٦	عند	[redacted]
٣٨	٥	[redacted]				غيرها	غيره
٦٤	[redacted]						
[redacted]	١٠	غير بدل	غيره ببدل			البراءة	
٧٢	٣	تكون	أن تكون	١٧٣	٦	المراد	المرادف
٧٢	٥	أنها ملك	ملك	٢٤٧	١	بصيغة ترتب	بصيغة تفيد
٧٣	٢٢	[redacted]					ترتب
٧٦	٦	الحدوث	لحدوث	٢٥١	٧	الشرط	بالشرط
٧٨	١٠،١١	أوجد لها	أوجدت له	٢٥٤	١٩	الأسقاط	الإسقاطات
[redacted]							يتحقق
٩٣	١٣	البيع	[redacted]				
١٠١	٢	فيها	فيما	٢٨٥	٤	مسألة	مسألته
١٠١	٣	كان	يحل	٢٨٧	٢٦	الأقوال	الفقهاء
[redacted]		عليها	عليه	٢٩٢	٢٠	لكن	أما


05972202